الجزء الثالث

شرح المجلة

تأليف

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد خالد الأتاسي

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد طاهر الأتاسي

المكتبة الحبيبية

کانسی روڈ کوئٹہ

پاکستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله على حمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبده ، وعلى آله وصحبه
والتابعين وتابعيهم من بعده ، آمين

الكتاب الثالث

في الكفالة ويحتوي على مقدمة وثلاثة ابواب
المقدمة في اصطلاحات الفقهاء وتتعلق بالكفالة

المادة ٦١٢ — ❋ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء
يعني ان يضم احد ذمته الى ذمة آخر ويلتزم ايضاً بالمطالبة التي لزمت
في حق ذلك ❋

الذمة لغة العهد والامان والضمان . وقولهم « في ذمتي » اي في ضماني .
والجمع ذمم ، مثل سدرة وسدر . كذا في المصباح .
وقال الأصوليون ان الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه .
وفي التحرير : والذمة وصف شرعي به الاهلية لوجوب ماله وما عليه . وفسرها
فخر الأسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد . والمراد انها العهد . فقولهم « في

ذمته » اي في نفسه ، باعتبار عهدها . من باب اطلاق الحال وارادة المحل . كذا في البحر .

ثم ان ما ذكر في هذه المادة تبعاً لعامة المتون تعريف للكفالة من حيث هي الشاملة لأنواعها الثلاثة ، اعني الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالمال . واما تعريف بعضهم بانها ضم ذمة الى ذمة في الدين ، فهو تعريفٌ لأحد انواعها ، وهي الكفالة بالمال ، لأن الصحيح انه يثبت الدين المكفول به في ذمة الكفيل ايضاً . وما اورد على ذلك ، من انه يلزم صيرورة الدين الواحد دينين ، دفعه في المبسوط بأنه لا مانع ، لأنه لا يستوفي الا من احدهما — كالغاصب مع غاصب الغاصب ، فإن كلاً ضامن للقيمة وليس حق المالك في قيمة واحدة ، لأنه لا يستوفي الا من احدهما . واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الآخر ، فكذا هنا . لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره . والدليل على ان الدين يثبت في ذمة الكفيل ايضاً ، ان هبة الدين من الكفيل صحيحة ويرجع به على الاصيل مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح . وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل ، صح ، مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح ، ولأنه لو كان ضماناً بالمطالبة فقط بدون دين لزم ان لا يؤخذ المال من تركة الكفيل ، لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كانت كفالته بالمطالبة فقط بطلت كفالته بموته ، مع ان المصرح به ان المال يحل بموت الكفيل ، وانه يؤخذ من تركته ، ولأنه يصح ان يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول به فاذا ادى الآخر المال الى الطالب لم يرجع به على الاصيل ، بل يرجع به على الكفيل الأول . فإن ادى اليه رجع الأول على الاصيل لو الكفالة بالأمر (افاده في رد المحتار) .

وحاصله ان تعريف المتون ، وهو المذكور في هذه المادة ، تعريفٌ لمطلق الكفالة ، كما ذكرنا . وتعريف بعضهم بانها ضم ذمة الى ذمة في الدين ، تعريفٌ لبعض انواعها ، وهو الكفالة بالمال . فما قاله في النهر من ان « جمع انواع الكفالة الثلاثة في تعريف واحد ، لا يمكن ، لأن الضم في المطالبة غير الضم في الدين ، فهما ماهيتان مختلفتان » غير وجيه ، لأن الضم في الدين يستلزم الضم في المطالبة ايضاً ،

فصح كون التعريف المذكور في هذه المادة شاملاً لأنواعها الثلاثة، وان كان تعريف الكفالة بالمال بانفرادها يحتاج الى قيد آخر، وهو الضم في الذمة مع المطالبة . وهو نظير تعريف الحيوان الشامل لجميع انواعه بأنه جسم حساس، مع تعريف بعض انواعه كالانسان بأنه جسم حساس ناطق . ولهذا كان التعريف المذكور في هذه المادة تبعاً لعامة المتون اصح من خلافه ، لشموله لجميع انواع الكفالة ، فتدبره .

المادة ٦١٣ — ❊ الكفالة بالنفس هي الكفالة بشخص واحد ❊

باضافة شخص الى واحد كما تنبيء عنه عبارتها التركية ومثله اذا تعددت الأشخاص كما اذا كفل واحد نفوساً ، فإنه يجوز كما يجوز بالديون الكثيرة (بحر)

المادة ٦١٤ — ❊ الكفالة بالمال هي الكفالة باداء المال ❊

المادة ٦١٥ — ❊ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم المال ❊

اراد بالمال ما يشمل الدين والعين . فمن الأول ما في البحر عن التتارخانية : له مال على رجل فقال رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان ان اقبضه وادفعه اليك ، فقال ليس هذا على ضمان المال ان يدفعه من عنده ، انما هو على ان يتقاضاه ويدفعه اليه . على هذا معاني كلام الناس . ولو غصب من مال رجل الفاً فقاتله المغصوب منه واراد أخذها منه فقال رجل لا تقاتله فانا ضامن لها آخذها وادفعها اليك ، لزمه ذلك . ولو كان الغاصب استهلك الألف وصارت ديناً، كان هذا الضمان باطلا ، وكان عليه ضمان التقاضي اه

ومن الثاني الكفالة بتسليم عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه مما يجب تسليمه بعينه ان كان قائماً او ضمان مثله او قيمته ان كان هالكاً ، فإنه كما يصح الكفالة بأعيانها تصح الكفالة بتسليمها وتبطل بهلاكها ، كالكفالة بالنفس .

ومنه ايضاً الكفالة بتسليم عين مضمونة بغيرها ، كالمرهونة ، وغير المضمونة اصلا ، كالامانة . فإن هذه وان لم تصح الكفالة باعيانها لكن تصح بتسليمها ولها حكم الكفالة بالنفس ، كما يعلم من رد المحتار وغيره . وسيأتي له زيادة توضيح .

المادة ٦١٦ — * الكفالة بالدرك هي الكفالة باداء ثمن المبيع وتسليمه او بنفس البايع ان استحق المبيع *

المادة ٦١٧ — * الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة الى زمان مستقبل *

المادة ٦١٨ — * الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي الذي تعهد بما تعهد به الآخر ويقال لذلك الآخر الاصيل والمكفول عنه *

عبارة التتارخانيه عن الينابيع : الكفيل هو الذي التزم المطالبة بالنفس او المال او بهما . والمكفول عنه هو الذي عليه الدين في كفالة المال . ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه (رد المحتار)

المادة ٦١٩ — * المكفول له هو الطالب والداين في خصوص الكفالة *

المادة ٦٢٠ — * المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بادائه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواء *

قد علمت انه في كفالة النفس يقال للمكفول بنفسه مكفول به ، ولا يقال مكفول عنه ، فتأمل .

❋ الباب الاول ❋

في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين

« الفصل الاول »

في ركن الكفالة

المادة ٦٢١ — ❋ تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط · ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له · وعلى هذا لو كفل احد في غياب المكفول له بدين له على احدٍ ومات المكفول له قبل ان يصل اليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤخذ بها ❋

وكذا ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة قبل اجازة الطالب او رده · وهذا قول ابي يوسف رحمه الله تعالى · قال في الدر : وبه يفتى (درر وبزازية ، واقره في البحر ، وبه قالت الائمة الثلاثة)

ثم ان كونها تنفذ بمجرد الايجاب هو احد قولين لأبي يوسف والثاني انها تتوقف على اجازة الطالب ، فلو مات قبلها لا يؤخذ الكفيل · والأصح من قوليه هو الاول ، وهو انها تنفذ ، وللطالب الرد ، كما في البحر عن المحيط · وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : ركنها الايجاب والقبول ، فلا تتم بالكفيل وحده ما لم يقبل المكفول له او اجنبي عنه في المجلس · فإن قبل عنه فضولي ، توقف على اجازته · وعلى قولهما مشت المتون · وحيث اختارت المجلة قول ابي يوسف تعين

العمل به لصدور الامر السلطاني به . ثم انه لا فرق في ذلك بين ان تكون الكفالة بالنفس او بالمال ، كما في الدرر والدر .

المادة ٦٢٢ = ﴿ ايجاب الكفيل اي الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة . مثلا لو قال انا كفيل او ضامن او كفلت تنعقد الكفالة ﴾

اي سواء كان بالنفس او بالمال . وكذا تنعقد بضمنته او علي او الي او عندي اوانا به زعيم ، اي كفيل ، او قبيل به ، اي بفلان ، او غريم او حميل (در)
وكذا تنعقد كفالة النفس لو وجه الكفالة الى شيء من اعضاء المكفول يعبر به عن جملة البدن ، ككفلت برأسه او بوجهه او برقبته او بعنقه او ببدنه او بروحه . وكذا بجزء شايع ككفلت بنصفه او ربعه ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ ، فذكر بعضها شايعاً كذكر كلها . واما لو اضاف الكفيل الجزء الى نفسه ككفل لك نصفي او ثلثي ، فإنه لا يجوز كما في السراج . لكن لو قيل : ان ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ، لم يفترق الحال (نهر)
ثم انما تنعقد الكفالة بقوله انا كفيل او ضامن او كفلت ونحوها اذا علم المكفول به انه نفس او مال ، كما اذا قال ضمنت زيداً وانا كفيل به او هو علي او الي ، يكون كفالة نفس . واذا قال ضمنت لك ما عليه من المال وانا كفيل الخ ، فهو كفالة مال قطعاً . واما اذا لم يعلم المكفول به انه كفالة نفس او مال ، فلا تصح الكفالة اصلا . نعم لو قامت قرينة على احدهما يمكن ان يقال بعمل بها ، كما اذ قال قائل : اضمن لي هذا الرجل فقال الآخر انا ضامن ، فهو قرينة على كفالة النفس . وان قال اضمن لي ما عليه من المال فقال انا ضامن ، فهو قرينة على المال ، لان الجواب معاد في السؤال (الكل ملخص من الدر وحواشيه)

المادة ٦٢٣ – ❃ تكون الكفالة بالوعد المعلق ايضاً . انظر الى المادة (٨٤) مثلا : لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فانا اعطيكه تكون كفالة . فلو طالب الداين المديون بحقه ولم يعطه يطالب الكفيل ❃

في الفصل (٣٠) من جامع الفصولين: قال: دينك الذي على فلان انا ادفعه اليك انا اسلمه انا اقضيه ، لا يصير كفيلا ما لم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام ، كقوله كفلت، ضمنت، علي، الي . ثم رمز وقال: لو اتى بهذه الالفاظ منجزاً لا يصير كفيلا . ولو معلقاً ، كقوله لو لم يؤد فانا اودى ، يصير كفيلا . وهو نظير ما لو قال انا احج ، لا يلزمه شيء . ولو قال لو دخلت الدار فأنا احج ، لزمه الحج اذا دخل اه . ومثله في تنقيح الحامدية عن البزازية معللاً بما ذكر في المادة (٨٤) من ان المواعيد باكتساء صورة التعاليق تكون لازمة ، يعني وبسبب ذلك دلت على التعهد والالتزام ، فانعقدت بها الكفالة .

ويظهر من هذا انه ليست هذه من صور الكفالة المعلقة حتى يشترط ان يكون المعلق عليه ملايماً للكفالة ، كما سيأتي في شرح المادة (٦٣٦) لأن ذاك فيما تنعقد به الكفالة بدون تعليق ، ككفلت او انا كفيل ونحوه . وما نحن فيه لا تنعقد فيه الكفالة ما لم يكن معلقاً على شيء ، اذ لا يكون مفيداً للتعهد والالتزام الا بالتعليق على شيء ، لكن تمثيل الفصولين بقوله لو لم يؤد فانا اودي ، يفيد اشتراط ذلك . وعليه لو قال: ان دخلت الدار فانا اعطيك مالك على زيد ، لا تصح الكفالة ، لأن الشرط غير ملايم للكفالة . وعلى ما قلناه تصح الكفالة ، لأن الانعقاد حصل بواسطة هذا الشرط ، اذ المواعيد تصير لازمة اذا اكتست صور التعاليق على شرط ما ، سواء كان ملايماً او لا . ويمكن ان يقال انه اذا كانت الملايمة شرطاً فيما تنعقد به الكفالة بلا تعليق ، فلأن تكون شرطاً فيما لا تنعقد

به الكفالة الا بالتعليق اولى ، فليتأمل وليراجع ٠

المادة ٦٢٤ – ﴿ لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى الوقت الفلاني تنعقد منجزاً حال كونها كفالة موقتة ﴾

فيكون كفيلا في المدة فقط ، وتنتهي الكفالة بمضي الوقت بلا خلاف ٠

وحاصل المسئلة انه اما ان يذكر « الى » بدون « من » فيقول كفلته الى شهر او كفلت ما عليه من الدين الى شهر ، فيكون كفيلا بعد الشهر ابداً ولا يطالب في الحال ، ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة الى شهر ، لا لتأخير الكفالة كما لو باع عبداً بألف الى ثلاثة ايام ، يصير مطالباً بالثمن بعد الثلاثة ، وهو ظاهر الرواية ، وبه يفتى كما في البحر ٠ وعند ابي يوسف والحسن هو كفيل في المدة فقط ٠

واما ان يذكر « من » و « الى » فيقول كفلته من اليوم الى شهر ، فهو كفيل في المدة فقط ، اتفاقاً ٠ وهي المسئلة المذكورة في هذه المادة ٠ واما ان لا يذكر « من » ولا « الى » فيقول كفلته شهراً او ثلاثة ايام ، فقيل كالأول ، يعني انه يصير كفيلا بعد الشهر ولا يطالب في الحال ٠ وقيل كالثاني ، يعني انه يصير كفيلا في المدة فقط ٠

وفي التتارخانية عن جمع التفاريق ، قال : واعتاد اهل زماننا على انه كالثاني ، ذكره في رد المحتار ٠ ثم قال : وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا ، كما هو قول ابي يوسف والحسن ، لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك الا توقيت الكفالة بالمدة ، وانه لا كفالة بعدها ، وقد تقدم ان مبنى الفاظ الكفالة على العرف والعادة ٠

ثم رأيت في الذخيرة ، قال : وكان القاضي الأمام الأجل ابو علي النسفي يقول : قول ابي يوسف اشبه بعرف الناس اذا كفلوا الى مدة ، يفهمون بضرب المدة انهم يطالبون في المدة لا بعدها ٠ الا انه يجب على المفتي ان يكتب في الفتوى انه اذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرجه عن الكفالة ، احترازاً عن

خلاف جواب الكتاب ، وان وجد هناك قرينة تدل على ارادته جواب الكتاب ، فهو عليه اه . لكن نازع في ذلك في انفع الوسائل بان القاضي المقلد لا يحكم الا بظاهر الرواية لا بالرواية الشاذة ، الا ان ينصوا على ان الفتوى عليها اه قلت : ما ذكره الامام النسفي مبني على ان المذكور في ظاهر الرواية انما هو حيث لا عرف ، اذ لا وجه للحكم على المتعاقدين بما لم يقصداه ، فليس قضاء بخلاف ظاهر الرواية . وما ذكره من اخراج القاضي له عن الكفالة زيادة احتياط لاحتمال كون العاقدين عالمين بذلك المعنى قاصدين له . ولذا قال : ان وجد قرينة على اختلاف العرف يحكم بجواب ظاهر الرواية اه ما في رد المحتار بقليل اختصار . اقول . يقع كثيراً ان الاصيل يحرر على نفسه سنداً بالمال موجلا الى سنة مثلاً فيكتب الكفيل في نفس السند قد كفلت بالمال المسطور الى سنة ، فالظاهر ان كون المال موجلاً الى سنة ، قرينة دالة على ان مراده بذلك تأخير المطالبة الى سنة ، لا توقيت الكفالة بها . والدليل على ذلك ان كلاً من الطالب والسامع لا يفهم من هذا اللفظ غير ذلك ، والا لما قبل كفالته التي لا فائدة له فيها . والظاهر ايضاً ان الحكم كذلك لو ذكر « من » مع « الى » بأن قال كفلت من الآن الى سنة ، وقد قامت القرينة على ارادة تأخير المطالبة ، لأن ذكر من مع الى لا يمنع من قصد ارادة تأخير المطالبة بهذا اللفظ ، فليتأمل .

ثم انه في الصورة الثانية ، وهي ما اذا ذكر « الى » فقط بأن قال كفلت الى ثلاثة ايام ، لو زاد « وانا بريء بعد ذلك » لم يصر كفيلا اصلا ، لا في الحال ، لأنه المذكور في ظاهر الرواية ، ولا بعد المدة ، لنفيها الكفالة فيه صريحاً . وهي الحيلة في كفالة لا تلزم (كذا في الدر وحواشيه ، ومثله في الدرر والاشباه) لكن على ما تقدم من ان العرف قاض بأن الكفالة في تلك الصورة موقتة ايضاً وتنتهي بمضي الوقت ، لا تنفع الحيلة وتبقى كفالة تنتهي بانتهاء المدة ، كما لا يخفى

المادة ٦٢٥ — ❊ الكفالة كما تنعقد مطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل بأن يقول انا كفيل على ان يكون الايفاء في الحال اوفي الوقت الفلاني ❊

ثم في صورة التأجيل هل يتأجل على الأصيل ايضاً ? فيه تفصيل يأتي في المادة (٦٥٥)

ولو كفل على انه متى او كلما طلب فله اجل شهر ، صحت الكفالة . ثم ان كانت الكفالة بالنفس ، فللكفيل اجل شهر من يوم طلبه . فاذا تم الشهر فله مطالبته بالتسليم ، ولا اجل له في هذه المطالبة الثانية ما لم يدفعه اليه . فاذا دفعه اليه فان قال برئت اليك منه ، يبرأ في المستقبل . وان لم يبرأ منه فله ان يطالبه ثانياً . ولا يكون ذلك براءة لأنه قال في الكفالة « كلما طلبته مني فلي اجل شهر » فكأنه قال « كلما طلبته مني وافيتك به الا ان لي اجل شهر حتى اطلبه » وكلمة « كلما » تقتضي التكرار ، فتقتضي تكرار الموافاة كلما تكرر الطلب . فبالدفع اليه يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة ، لا عن موافاة تلزمه بمطالبة توجد في المستقبل . وانما يبرأ عن ذلك بصريح الابراء . فاذا برئ اليه حين دفعه مرة ، وجد صريح الابراء . والا فلا . فاذا طالبه به لزمه تسليمه ثانياً . لكن يثبت له اجل شهر آخر بعد هذا الطلب . فاذا تم الشهر ولم يسلمه فطالبه به ، فلا اجل له ما لم يسلمه الى الطالب ، وهكذا . وان كانت الكفالة بالمال ، صحت ايضاً وللكفيل اجل شهر من يوم طلبه . فاذا تم الشهر فطالبه لزم التسليم ولا اجل له ثانياً ، ولعله لأنه جردت متى وكلما عن العموم لعدم امكانه هنا . لأنه بتسليم المال المكفول به انقطع حكم الكفالة ، بخلاف كفالة النفس اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار . وظاهره ان الكفيل في الصورة الأولى ، يعني فيما اذا كانت الكفالة بالنفس ، يبرأ من الكفالة بمجرد قول الكفيل بعد تسليمه المكفول بنفسه « برئت اليك منه » وان لم يبرئه الطالب او رد ، فيبرأ الكفيل من الكفالة ، وفيه تأمل .

المادة ٦٢٦ – ﴿ تصح الكفالة عن الكفيل ﴾

قال في الخانية : الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالبَ كفيلاً بنفسه فمات الأصيل ، برأ الكفيلان . وكذا لو مات الكفيل الأول ، برأ الكفيل الثاني اه .

وفي رد المحتار عن كافي الحاكم : الكفيل يصح ان يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول به . فإن ادّى الآخر المال الى الطالب ، لم يرجع به على الأصيل ، بل يرجع على الكفيل الأول . فإن ادّى اليه رجع الأول على الأصيل لو الكفالة بالأمر اه .

المادة ٦٢٧ – ﴿ يجوز تعدد الكفلاء ﴾

لأن موجبه التزام المطالبة . وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق . ثم اذا سلم احدهما نفس المكفول به ، لا يبرأ الآخر بالاجماع (فتح) بخلاف الكفالة بالمال ، فإن لها احكاماً تذكر في المادة (٦٤٧) الآتية .

الفصل الثاني
في بيان شرايط الكفالة

المادة ٦٢٨ – ﴿ يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي . ولو كفل في حال صباه لا يوءاخذ وان اقر بعد البلوغ بهذه الكفالة ﴾

قال في كتاب جامع احكام الصغار : ولا يجوز كفالة الصبي سواء كان محجوراً عليه او مأذوناً له في التجارة ، وسواء اذن له ابوه في الكفالة او لم يأذن له ، لأن اذن الأب للصبي في الكفالة باطل، لأنه اذن بما هو تبرع ، والتبرع غير داخل تحت ولايته ، فلا يملك الأذن . قال : ولو كان لرجل قبل رجل مال فأدخل المطلوب ابنه في كفالة ذلك المال وقد راهق ولم يحتلم ، كان ذلك باطلا ولا يتوقف على اجازة الصغير اذا بلغ ، لأنه لا مجيز له حال وقوعها فإن بلغ واقر بالكفالة قبل البلوغ ، فاقراره باطل لانه اقر بكفالة باطلة . وان جدد الكفالة بعد البلوغ صحت الكفالة . هذا اذا كان الدين دين الأب . فان كان الدين دين الصبي بأن اشترى الأب او الوصي للصغير بالنسيئة وامر الصبي حتى ضمن بالمال لصاحب الدين وضمن بنفس الأب والوصي ، فضمانه بالمال جائز ، وضمانه بنفس الأب والوصي باطل . اما ضمانه بالمال ، فلأنه التزم شيئاً كان عليه قبل الضمان ، فانه قبل الضمان كان يرجع ذلك المال عليه ، فلم يكن هذا الضمان تبرعاً . واما الضمان بنفس الاب والوصي ، فلأنه التزم شيئاً كان لا يلزمه قبل الضمان ، وهو احضارهما مجلس الحكم اه .

واما الكفالة للصبي بأن كفل رجل لصبي بنفس آخر او بدين له على آخر ، فإنها صحيحة وان كان الصبي غير تاجر اي محجوراً عليه ، على ما اعتمدت عليه جمعية المجلة من ان الكفالة تتم بالايجاب وحده ولا تحتاج الى قبول الطالب ، كما تقدم في المادة (٦٢١) وهو قول ابي يوسف المفتى به على ما في الدر والبزازية .

واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى من اشتراط قبول الطالب ، فإن كان الصبي تاجراً ، صحت بقبوله . وان كان محجوراً عليه ، فإن خاطب وليه وقبل ، صحت الكفالة . وان خاطب اجنبياً وقبل عنه ، توقف على اجازة وليه . وان لم يخاطب وليه ولا اجنبياً وانما خاطب الصبي ، فلا تصح ، لأن الصبي المحجور ليس اهلا لقبول الكفالة ، والكفالة لا تتم بايجاب الكفيل وحده عندهما .

واما الكفالة عن الصبي فصحيحة ، وستأتي احكامها في المادة الآتية وشرحها .

✻ تنبيه ✻

لا يشترط ان يكون الكفيل صحيحاً ، فتصح كفالة المريض ، لكن من الثلث ، لأنها

تبرع (بحر) ولو اقر في مرضه انه كفل في صحته ، تعتبر من كل ماله (جامع الفصولين)
وفيه : مريض كفل عنه بما عليه وارثه بأمره ، جاز اتفاقاً وان كان في غيبة الطالب . اما عند ابي يوسف ، فظاهر ، لانعقاد الكفالة بالايجاب وحده . واما عندهما ، فلأن وارثه يطالب بالدين بلا ضمان ، فبالضمان اولى .

ولو امر المريض الاجنبي بأن يكفل ما عليه لاجنبي ثم رضي به الطالب بعد موته ، فلا رواية فيه ، وقد اختلف المشايخ ، منهم من قال يصح كالورثة ، ومنهم من قال لا يصح (افاده في الفصول العمادية)

كفالة المريض لوارثه او عن وارثه باطلة (جامع الفصولين في ٣٤)

وفي الخلاصة والبزازية : كفالة المريض على ثلاثة اوجه : في وجه كدين الصحة بأن كفل حال الصحة وعلق ذلك بسبب وصل في المرض بأن قال ما ذاب لك على فلان فعلي ، او ما وجب لك على فلان فعلي فثبت له على فلان في المرض . وفي وجه بمنزلة دين المريض بأن اخبر في المرض اني كنت كفلت لفلان في حال الصحة ، لا يصدق في حق غرماء الصحة والمكفول له مع غرماء المرض ، وفي الأول مع غرماء الصحة وفي وجه كساير الوصايا بأن انشاء الكفالة في المرض الذي مات فيه اه .

المادة ٦٢٩ - ﴿ لايشترط كون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي ﴾

وكذا بنفسهما سواء كانت الكفالة باذن وليهما او بغير اذنه ، وسواء كان الصبي محجوراً عليه او كان ماذوناً له فى التجارة ، لأنه كفل بحق مضمون على الأصيل فيعتبر الأصيل على ابنائه وهو مقدور التسليم للكفيل والكفيل من اهل التبرع . اما كون الكفيل من اهل التبرع وكون المكفول به مقدور التسليم للكفيل بارادة من يلي ، فظاهر . واما كون الكفالة بحق مضمون على الأصيل ، اما اذا كانت الكفالة بنفسه فلان حضور الصبي مجلس الحكم اذا كان الصبي ماذوناً له في التجارة مستحق عليه

يجيب خصمه اذا ادعى عليه الخصم ضمان فعل او ضمان قول . وان كان الصبي محجوراً عليه ، فحضوره مجلس الحكم مستحق عليه للاشارة اذا ادعى خصمه عليه ضمان فعل ، لان الصبي يؤاخذ بضمان الفعل فيستحق حضوره للاشارة اليه ، وان كان لا يستحق حضوره للجواب . ثم اذا صحت الكفالة واخذ الكفيل باحضار الصبي فاراد الكفيل ان يحضر الصبي ، فهذا على وجهين: ان حصلت الكفالة له باذن من يلي عليه يجبر الصبي على ان يحضر معه ، لان اذن من يلي على الصغير بالكفالة جائز ، لان الاذن بالكفالة عن الصغير امر بقضاء الدين عن الصغير ، والأب والوصي يملكان الأمر بقضاء الدين عن الصغير فيملكان الأمر بالكفالة عنه . واذا صح الأمر بالكفالة عن الصغير منهما ، صار ذلك بمنزلة امر الصبي بعد البلوغ ، والبالغ اذا امر آخر بأن يكفل بنفسه اذا طولب الكفيل باحضاره ، كان له مطالبة المكفول به حتى يحضر . وان كان بغير امر من يلي عليه ، ان كان بغير اذن الصبي ايضاً ، لا يجبره على ان يحضر معه . وان كان باذن الصبي ، فإن كان مأذوناً له في التجارة ، يجبر على ان يحضر معه . وكذا اذا كفل عنه بمال بأمره وادى ، كان له ان يرجع بذلك عليه ، لأن امر الصبي المأذون له بالكفالة بنفسه وبما عليه معتبر شرعاً وان كان لا يجوز كفالته عن الغير ، لأن كفالته عن الغير تبرع منه على الغير من وجه وهو ليس من اهل التبرع . اما الاذن بالكفالة عنه فهو طلب التبرع عليه ، وهو اهل التبرع عليه . وان كان الصبي محجوراً ، لا يجبر على ان يحضر مع الكفيل ، لأن امره بالكفالة لم يصح . وان كان الصبي غير تاجر فطلب ابوه من رجل ان يضمنه فضمنه ، كان جائزاً واخذ به الكفيل . وكذا وصيه او جده ان كان الأب ميتاً . وكذا القاضي اذا لم يكن له ولي ولا جد . فإن تغيب الغلام واخذ الكفيل ابا الغلام وقال انت امرتني ان اضمنه فخلصني ، فان الاب يؤاخذ بذلك حتى يحضر ابنه وليس طريقه ان الاب امره بالكفالة عن الصغير ، فان مجرد الامر بالكفالة عن الغير لا يثبت للمأمور حق مطالبة الآمر بالكفالة . الا ترى ان من قال لغيره اكفل بنفس فلان بن فلان وكفل وغاب المطلوب فاراد الطالب ان يطالب الآمر بالكفالة باحضار المطلوب ، لم يكن له ذلك . ولكن طريقه ان الصبي المأذون له اذا اعطى كفيلاً

بنفسه ثم تغيب الصبي فان الاب يطالب باحضاره ، لأن الصبي في يده وتدبيره ، كذا في كتاب احكام الصغار للاستروشني . وفيه ايضاً : رجل دفع الى صبي محجور عليه عشرة دراهم وقال انفقها على نفسك فجاء انسان وضمن للدافع عن الصبي بهذه العشرة ، لا يجوز ، لأنه ضمن ما ليس بمضمون على الأصيل . ولو ضمن قبل الدفع بأن قال ادفع الى فلان الصغير عشرة دراهم على اني ضامن لك بهذه العشرة ، يجوز . وطريق الجواز ان الضامن يصير مستقرضاً العشرة من الدافع ، وآمراً له بالدفع الى الصبي ، فينوب قبض الصبي عن قبضه اه .

﴿ تنبيـــه ﴾

جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة اذا كانت مضافة ، نحو : ما ذاب لك على الناس فعلي . او معلقة ، نحو : ان غصبك انسان شيئاً فأنا كفيل — لا اذا كانت منجزة ، كما اذا قال كفلت بمالك على احد هذين الرجلين ، او قال انا كفيل بفلان او فلان آخر ، او قال انا كفيل بنفس فلان او بمالك عليه ، فإن الكفالة صحيحة والخيار للكفيل فيخير في المسئلة الأولى ان يدفع ما على اي شاء من الرجلين ، وفي الثانية ان يدفع ايا شاء من الرجلين ، وفي الثالثة ان يدفع ان شاء نفس المكفول عنه ، وان شاء ماعليه ، وهو المائة درهم مثلاً . ووجه جواز جهالة المكفول عنه في التنجيز دون الاضافة والتعليق ان القياس يأبى جواز اضافة الكفالة الى المستقبل ، لانها تمليك في حق الطالب . وانما جوزت استحساناً للتعامل ، والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوماً ، فبقي المجهول على القياس .

وحاصله ان المبطل للكفالة في الحقيقة انما هو الاضافة والتعليق لا الجهالة ، لأن الجهالة لا تمنع صحة الكفالة الا اذا كانت متفاحشة ، حتى لو قال انا ضامن ببعض مالك على فلان ، صحت والخيار للضامن ، فعليه ان يبين اى مقدار شاء . ولهذا جازت في المنجزة مع جهالة المكفول عنه .

واما بطلانها مع ذلك في المضافة والمعلقة ، فلأن القياس يقتضي بطلان المضافة والمعلقة كما تقدم ، فلم يترك القياس الا للتعامل ، والتعامل انما وجد فيما اذا كان المكفول عنه معلوماً ، فبقي فيما اذا كان مجهولا على القياس . هذا

حاصل ما في فتح القدير ورد المحتار .

ولا يرد على ما تقدم من ان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة اذا كانت مضافة او معلقة ، ما في متن التنوير وغيره : لو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلك وأخذ ماله ، لم يضمن . ولو قال ان كان مخوفاً واخذ مالك فأنا ضامن ، ضمن . اه حيث صحة الكفالة المعلقة مع جهالة المكفول عنه — لأنا نقول : ثبوت الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ، بل من حيث انه غرّه ، لأن الغرور يوجب الرجوع اذا كان بالشرط . وعلى فرض ان ضمان الغرور في الحقيقة هو ضمان الكفالة ، نقول . انهم اجازوا الضمان في هذه المسئلة مع جهالة المكفول عنه زجراً له عن هذا الفعل ، كما في تضمين الساعي (افاده في رد المحتار)

المادة ٦٣٠ — ❋ اذا كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً ❋

قد علمنا مما سبق في المادة (٦٢٠) ان المكفول عنه والمكفول به في الكفالة بالنفس واحد . وقد نقلنا قبيل هذه المادة عن رد المحتار والفتح حكم جهالة المكفول عنه . وحاصله ان جهالته تمنع صحة الكفالة اذا كانت الكفالة معلقة او مضافة الى زمن مستقبل . اما اذا كانت منجزة ، فإن كانت الجهالة يسيرة كما اذا كفل بنفس فلان آخر ، تصح . وان كانت متفاحشة ، فلا ، كما اذا كفل له بنفس رجل من الناس ، فالمراد من اشتراط كونه معلوماً في هذه المادة ان يكون معلوماً في الجملة ، لا ان يكون معلوماً بعينه ، بمعنى ان لا يكون مجهولاً جهالة فاحشة — والا فإن الجهالة اليسيرة لا تمنع ، كما اذا كفل احد رجلين معينين كما تقدم .

❋ تنبيه ❋

في الفصول العمادية ما نصه : ومن شرائط الكفالة ان يكون المكفول مقدور

التسليم . وعن هذا قلنا ان من تقبل من رجل بناء دارٍ معلومًا او كراب ارض معلومة واعطاه كفيلا بذلك ، فان كان شرط العمل مطلقًا ، جازت الكفالة . وان كان شرط عمل هذا الرجل بعينه ، بإن كفل بنفس العمل ، لا يجوز . وان كفل بنفس تسليم المتقبل ، جاز . وكذلك اذا تكارى ابلاً الى بلد وأخذ من المكاري كفيلا ، فإن كانت الابل باعيانها ، صحت الكفالة ، كفل بالحمولة او بتسليم الابل . وان كانت الابل بأعيانها ، صحت الكفالة بالتسليم ، ولا يصح بالحمل . وكذلك لو كفل بنفس رجل غايب لا يعرف مكانه ، لا يصح اه .

﴿ وان كان مالاً لا يشترط ان يكون معلومًا . فلو قال انا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلومًا ﴾

لأن الكفالة مبناها على التوسع ، لأنها عقد تبرع كالنذر ، لا يقصد بها سوى الثواب ورفع الضيق عن الحبيب ، فلا يبالي بما التزم في ذلك ، فتحملت الجهالة . ولهذا اجمعوا على صحتها بالدرك مع انه لا يعلم كم يستحق من المبيع ، كله او بعضه (فتح)

قيّد بجهالة المكفول به لأن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقًا ، سواء كانت الجهالة يسيرة او فاحشة ، وسواء كانت مضافةً اومنجزة ، وسواء كانت بالمال او بالنفس ، فالكفالة باطلةٌ لو قال من بايع فلانًا اليوم من بيع فعليّ . وكذا لو قال لرجلين كفلت بما لهذا على فلان ، وهو الف ، او لهذا بما له عليه ، لجهالة المكفول له — بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعليّ ، فإنه يصح ، لأنهم معلومون عند المخاطبة فأيهم بايعه لزم الكفيل ، لأنه ضمن لمعينين . ولو قال ماغصبك ، اي اهل هذه الدار ، فأنا له ضامن : ان كان اهلها المكفول عنهم ليسوا معلومين عند المخاطبين ، لا تصح الكفالة ، كأنه قال : ما يجب لك على واحد من الناس فعليّ ، وفيه : لا تصح الكفالة . وان كانوا معلومين ، صحت ، اذ لا فرق بينه وبين ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعليّ .

والفرق بين المكفول له وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه اذا كانت يسيرة كما قدمناه في التنبيه السابق قبيل هذه المادة ، ولا تصح بجهالة المكفول له مطلقاً ، ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع ، والمكفول له كالبايع لأنه ملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل ، فلا تصح الكفالة مع جهالته ، كما لا يصح البيع مع جهالة البايع (افاده في الفتح) ومفاده ان جهالة الكفيل ايضاً تمنع من صحة الكفالة . فلو قال رجلان : احدنا ضامن مالك على فلان ، تبطل الكفالة ، لأن الكفيل كالمشتري وجهالته تمنع من صحة البيع ، وهو ظاهر وان لم اره الآن .

والحاصل ، كما في الفتح ، ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً ، وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً . وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة ، وفي التنجيز لا تمنع اهـ — اي الا اذا كانت فاحشة كما تقدم .

ثم ان كون جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة يستثني منه الكفالة في شركة المفاوضة ، فانها تصح مع جهالة المكفول له ، لثبوتها ضمناً لا صريحاً ، كما ذكره في الفتح من كتاب الشركة (كذا في رد المحتار)

ثم اعلم انه لو كفل بماله على فلان بأن قال انا كفيل او كفلت بمالك على فلان ثم ادعى الطالب ان له على الاصيل الفاً وانكر الكفيل ان يكون له عليه شيء او اقر بخمسمائة وانكر الزيادة ، فإن برهن الطالب على ما يدعيه لزم الكفيل والا فالقول قوله مع اليمين على العلم بأنه لا يعلم ان له على الأصيل شيئاً او بأنه لا يعلم بأن اكثر مما اقر به واجب عليه . هـذا حاصل ما في الهداية وغيرها من المتون .

وما في حاشية ابي السعود عن النهر من انه ينبغي ان يقيد هـذا بما لو اقر بما يكفل به عادة ، حتى لو اقر بأن له عليه درهماً لم يقبل منه اهـ فيه نظر ، لأنه لو انكر ان عليه شيئاً يقبل قوله ، فهذا اولى . تأمل — قال الشارحون : ولو اقر الاصيل بما يدعيه الطالب ، كان اقراره نافذاً عليه لا على الكفيل ، لانه اقرار على الغير — وهذا بخلاف ما لو قال ما ذاب او وجب او ثبت لك على فلان فهو علي فاقر المطلوب بألف مثلاً وانكر الكفيل ، حيث يلزمه ما اقر به المطلوب .

والفرق ان الكفالة في هذا كفالة بما سيجب ، لأن ذاب بمعنى ثبت او حصل ، ماض اريد به المستقبل ، فإن المعنى « ان وجب لك عليه شيء في المستقبل فأنا كفيل به » حتى لو كان عليه مال ثابت قبل الكفالة بأن كانت قامت عليه البينة او اقر به المطلوب قبلها ، لم يكن مكفولاً به . فاذا اقر المكفول عنه بشيء فقد وجد المعلق عليه الكفالة ، وهو الوجوب او الثبوت ، فلزمت الكفالة . وكذا لو قال ما قضي لك به عليه فأنا كفيل به ، فهذا كفالة بمال يقضى به بعد الكفالة ، فلا يلزم الكفيل شيء حتى يبرهن الطالب على قضاء القاضي به بعد الكفالة . واما ما قضى به قبلها فليس مكفولا به . واما الكفالة بما عليه من الدين لفلان ، فإنها بالدين القائم في الحال ، فلا يكون كفيلاً بما يجب بعدها . فالدين الذي ثبت باقراره بعد الكفالة ليس مكفولاً به . هذا حاصل ما في شروح الهداية والكنز والتنوير وغيرها - اقول : وهذا ، اي كون الكفالة بلفظ ما ذاب او ثبت او قضي به لك على فلان فعلي ، كفالة بما سيجب وما سيقضى الخ ، ظاهر ، لأن الجملة شرطية ، وهي تقلب الماضي للاستقبال . ولهذا قالوا ان معناه «ان وجب لك عليه شيء او قضي لك به عليه فهو علي »

بقي ما لو قال تكفلت بما ذاب لك او قضي لك به على فلان ، فهل يكون مثل قولك كفلت بمالك على فلان فلا يلزمه ما اقر به المطلوب ، او ما قضي له بعد ذلك ، لأن الجملة فيه خبرية لا شرط فيها حتى يقلب الماضي للاستقبال ، اومثل قولك ما ذاب او ما قضي به لك على فلان فعلي ، فيلزمه ما اقر به المطلوب او ما قضي له به بعد الكفالة = لم اره صريحًا ، لكن الذي يظهر من اطلاق الفتح والبحر والزيلعي هو الثاني ، وتأويل عباراتهم لتطبيقها على الوجه الاول وان كان ممكنًا ، لكن فيه تمحل وعدول عن الظاهر بلا نص صريح يقضي بذلك . ولعل توجيه ما يظهر من اطلاق عباراتهم ان المال المكفول به لما كان موصوفًا بصفة الذوب او القضاء به ، صارت الكفالة مقيدة بتلك الصفة ، والقيد كالشرط للمقيد ، فصح كون الجملة مراداً به الاستقبال . قال في البحر : قيد ، يعني صاحب الكنز ، بقوله « بماله عليه » لأنه لو كفل بما ذاب لك على فلان او بما ثبت فأقر المطلوب بمال ، لزم الكفيل ، لأن الثبوت حاصل بقوله « وذاب » بمعنى حصل ، وقد حصل

باقراره اه ·

ثم اشار الى التعليل السابق ثم قال ، تبعاً للفتح : ومثل مالك ما اقر لك به امس ، فلو قال المطلوب اقررت له بألف امس ، لم يلزم الكفيل ، لأنه قبل مالاً واجباً عليه ، لا مالاً يجب عليه في الحال ، يعني حال اقرار المطلوب ، ولم يثبت انه واجب عليه · فلو قال ما اقر به فأقر به للحال ، لزمه · ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال ، لم تلزمه ، لأنه لم يقل ما كان اقر لك به اه فهو ظاهر في ان قوله لكفلت بما اقر لك به فلان الكفالة فيه بمال سيقر به ، لا بمال اقر به قبل الكفالة ، ما لم يقل بما اقر به امس او ما كان اقر لك به · ونظيره تكفلت بما ذاب لك على فلان · وما ذاك الا لكون الكفالة في ذلك مشروطة بكون المال المكفول به موصوفاً بصفة كونه مقراً به او مقضياً به او ذائباً على المطلوب ، فكان بمنزلة الكفالة المعلقة بشرط يوجد بعد الكفالة · وهذا يقتضي انه لو قال تكفلت لك بما بايعت به فلاناً او اقرضته او داينت به او آجرت به او صالحت عليه ، تكون الكفالة فيه بمال يحصل بهذه العقود بعد الكفالة لا قبلها · هذا ما يقتضيه ظاهر عباراتهم وان كان في النفس من ذلك شيء ، فليحرر وليراجع ·

وفي الفتح عن الخلاصة : رجل قال لآخر بايع فلاناً فما بايعته من شيء فهو عليّ ، صح · فإن قال الطالب بعته متاعاً بألف وقبضه مني واقر به المطلوب وجحد الكفيل ، يؤخذ الكفيل استحساناً بلا بينة · ولو جحد الكفيل والمكفول عنه واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه ، لزمهما — اقول : هكذا اطلق ولم يفصل · لكن في الهندية عن المحيط : اذ قال الرجل لغيره بايع فلاناً فما بايعت من شيء فهو عليّ ، فهذا جائز استحساناً فاذا باعه شيئاً بأي جنس باعه وبأي قدر باعه ، لزم الكفيل ذلك: فان جحد الكفيل وقال لم تبع شيئاً وقال الطالب بعته متاعاً بألف درهم وقبضه مني وصدقه المكفول عنه ، هل يلزم الكفيل هذا المال ؟ فهذا على وجهين : الاول ، ان يكون المتاع الذي ادعى انه باعه قائماً في يده او في يد المشتري · وفي هذا ، القياس ان لا يلزم الكفيل شيء ، وهكذا روى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى · وفي الاستحسان يلزم ويثبت في حقه الوجه الثاني : ان يكون المتاع هالكاً · وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء

ما لم يقم الطالب البينة على البيع ، قياساً واستحساناً . ولو قال الكفيل بعته بخمسماية وقال الطالب بعته بألف وأقر المكفول عنه بذلك فإنه يوآخذ الكفيل بألف درهم . وهذا على جواب الاستحسان اه .

وفي الخانية : رجلٌ قال لغيره ما ذاب لك على فلان من حق او ما قضى لك به عليه من حق فهو عليّ فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل ان له عَلَى المكفول عنه الف درهم ، لا تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه . ولو اقام المدعي البينة على الكفيل، ان قاضي بلد كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم ، قبلت هذه البينة ويقضى على الكفيل بأمره. ويكون ذلك قضاء على الغائب . ولو كفل رجل عن رجل بأمره بما للطالب على المكفول عنه فغاب الأصيل فأقام الطالب البينة على الكفيل ان له على فلان الغايب الف درهم وانه كفل له بأمر فلان الغائب ، قبلت هذه البينة ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب معاً اه .

المادة ٦٣١ ❋ يلزم في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً عَلَى الأصيل يعني ان ايفاءه يلزم الأصيل ❋

بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله ليتحقق معنى الضم ، فيجب على الكفيل (مجمع الأنهر) فهو اعم من ان يكون المال المكفول به عيناً او ديناً .

وخرج باشتراط كون المكفول به مضموناً على الأصيل ما لو كفل عن صبيّ محجور عليه ثمن مبيع اشتراه ، فإنه لا يصح الكفالة به ولا يلزم الكفيل شيء لأن المكفول به غير مضمون على الصغير . ولو ضمن المتاع بعينه ، كان ضامناً (كذا في البحر عن البزازية) اي يكون المبيع مضموناً بنفسه او قيمته حيث كان البيع فاسداً .

❋ بناء عليه تصح الكفالة بثمن المبيع و بدل الاجارة وسائر

الديون الصحيحة ❋

قوله « وسائر الديون الصحيحة » هو من عطف العام على بعض ما يتناوله ٠

والدين الصحيح هو في التنوير وغيره « ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء »

ودخل المسلم فيه لأنه دين لا مبيع ، فتصح الكفالة به ، كما في حواشي البحر والدر لابن عابدين معزياً للحانوتي ٠

ودخل فيه ايضاً دين الخراج الموظف ، فإنه دين صحيح له مطالب من جهة العباد ، فصار كسائر الديون ، فتصح الكفالة به - بخلاف خراج المقاسمة ، لانه جزء من الخارج ، وهو عين غير مضمونة حتى لو هلك لا يؤخذ شي ٠

ودخل فيه ايضاً دين النوائب اذا كانت بحق ، كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى اذا لم يكن في بيت المال شيء ، وغير ذلك مما هو بحق ، فالكفالة به جائزة بالاتفاق ٠ وكذا اذا كانت بغير حق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا على الخياط والصباغ والتاجر وغيرهم ، وكذا على الدور والحوانيت في كل سنة ، فإن الكفالة بها جائزة على ماعليه الفتوى ٠ ومشى عليه بعض المتون ، اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة بحق او باطل ٠ ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها فعدل ، فهو مأجور ٠ بل لو اخذت هذه الجبايات الراتبة على الدور والحوانيت والاراضي من المستأجر او الاكار ، يسوغ لهما الرجوع على الآجر بما دفعاه ، وكذا على صاحب الارض بلا كفالة على ماعليه الفتوى فمع الكفالة بالاولى (افاده في الدر وحواشيه)

اقول : ودخل في ذلك رسوم الدعاوي التي تؤخذ في المحاكم لبيت المال ، كما هو ظاهر ٠

ويستثنى من ذلك الدين المشترك ، فإنه لا تصح كفالة احد الشريكين لشريكه الآخر بحصته منه ولو كانت الشركة بإرث ونحوه ، مع انه دين صحيح (صرح به في التنوير وغيره) قال في الدر وحواشيه : لأنه لو صح الضمان مع الشركة ٠ بأن ضمن نصفاً شائعاً ، يصير ضامناً لنفسه ، لأنه ما من جزء

يؤديه المديون او الكفيل من الدين ، الا لشريكه فيه نصف . ولو صح في حصة صاحبه بأن كفل نصفاً مقدراً يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ، وكلاهما لا يجوز . نعم لو تبرع بأن ادى نصيب شريكه بلا سبق ضمان ، جاز ولا يرجع بما ادى — بخلاف صورة الضمان ، فانه يرجع بما دفع اذ قضاه على فساد ، كما في جامع الفصولين . قال في رد المحتار : ومفهومه انه لو ضمن اجنبي لاحد الشريكين بحصته ، تصح . والظاهر انه تصح مع بقاء الشركة . فما يؤديه الكفيل يكون مشتركاً بينهما ، كما لو ادى الأصيل . تأمل اه

اقول : قوله « والظاهر الخ » فيه نظر ، بل الظاهر خلافه ، لأن ما اداه الكفيل لأحد الشريكين المكفول له ليس من الدين المشترك ، بل الدين المشترك باق في ذمة الأصيل . نعم اذا رجع الكفيل على الأصيل فقبض منه شيئاً ، يشاركه الشريك الآخر ، لأنه شريك في كل جزء مما يقبضه . ولعله امر بالتأمل لما ذكرنا ، فليتدبر .

وهذا بخلاف ما لو كان الدين ثمن عين مشتركة بين رجلين باعاها من آخر بصفقتين بأن سمى كل منهما لنصيبه ثمناً ، فإنه يصح ضمان احدهما نصيب الآخر لامتياز نصيب كل منهما ، فلا شركة — بدليل ان للمشتري قبول نصيب احدهما فقط . ولو قبل الكل ونقد حصة احدهما ، كان للناقد قبض نصيبه . ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من المشتري ، فلا شركة للآخر فيه — بخلاف ما اذا بيع صفقة ، فإنه يشارك . وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفقة تفصيل الثمن ، وذكروا في البيوع ان هذا قولهما . واما قول ابي حنيفة ، فلا بد من تكرار لفظ بعتُ (افاده في البحر)

والتقييد بالدين الصحيح مخرجٌ للدين الضعيف ، وهو ما يسقط بغير الأداء والابراء كبدل السعاية ، فإنه يسقط بالتعجيز ، كما في التنوير وغيره .

قال في رد المحتار : وكذا لا تصح الكفالة بالدية ، كما في الخلاصة والبزازية .

وفي الظهيرية : واعلم ان الكفالة ببدل الكتابة والدية لا تصح اه ونقلها في التتارخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافاً . ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة .

ولعل وجهه ان الدية ليست ديناً حقيقة على العاقلة ، لأنها انما تجب اولاً على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعاونة . والظاهر انها لو وجبت في مال القاتل ، كما لو كانت باعترافه ، تصح الكفالة بها . تأمل .

وفي كافي الحاكم قال : ان قتلك فلان فأنا ضامن لديتك ، فقتله فلان خطأ ، فهو ضامن لديته اه — هذا التوجيه فيه نظر ، واطلاق البزازية والظهيرية والخلاصة يقتضي عدم التفرقة بين ان تلزم الدية القاتل او العاقلة . كما ان اطلاق كافي الحاكم يقتضي صحة الكفالة بها مطلقاً ، فلعل المسئلة خلافية . فمن قال ان الكفالة بالدية لا تصح نظر الى كونها ملحقة بأصلها ، وهو القصاص . فقد صرحوا ان الدية خلف عنه فلما لم تصح الكفالة بالأصل لم تصح بما هو خلف عنه . ومن قال ان الكفالة بها صحيحة نظر الى كونها ديناً صحيحاً لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، وليتأمل . لكن سيأتي في المادة الآتية ما يفيد اعتماد ما استظهره ابن عابدين .

وفي البحر : ارش الشجة وقطع الطرف دين صحيح ، فصحت به الكفالة .

ومن الدين الضعيف الذي يسقط بدون الاداء او الابراء دين الزكاة ، فلا تصح الكفالة به لأنه يسقط بالموت وبهلاك المال ، كما في رد المحتار . ويستثنى من اشتراط كون المكفول به ديناً صحيحاً الكفالة بالنفقة المفروضة بالتراضي او قضاء القاضي . وكذا بالنفقة المستقبلة ، كقول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة ما دامت الزوجية ، فإنها تصح مع انها دين غير صحيح ، لسقوطها بموت او طلاق . قال في الدر : وكأنهم اخذوا فيها بالاستحسان لا بالقياس . واما اذا كانت النفقة المفروضة مستدانة بأمر القاضي فلا اشكال في صحة الكفالة بها قياساً واستحساناً ، لأنها حينئذ دين صحيح لا يسقط الا بالأداء او الابراء . واورد على تعريف الدين الصحيح بما ذكر ان المهر قد اعتبروه ديناً صحيحاً تصح الكفالة به ، مع انه يسقط بغير الأداء او الأبراء ، اذ يسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول ويسقط كله بردة المرأة او تقبيلها ابن الزوج قبل الدخول . واجيب بأن احتمال سقوط نصفه او كله بالطلاق قبل الدخول او بالردة او تقبيل ابن الزوج قبل الدخول ، لا يضر كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع او برده بخيار عيب او شرط او رؤية ، فإن الكفيل به يبرأ من الكفالة مع ان الثمن عند العقد كان ديناً صحيحاً

يصدق عليه انه لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، اي لا يسقط الا بذلك مالم يعرض له مسقط ناسخ لحكم العقد ، وهو لزوم الثمن ، لأنه بأحد هذه الاشياء ظهر ان العقد غير ملزم للثمن ، فكذا عقد النكاح يلزم به تمام المهر بحيث لا يسقط الا بالاداء او الابراء ما لم يعرض مسقط لكله او نصفه ، لانه انعقد من اصله محتملا لسقوطه بذلك المسقط . فاذا عرض ذلك المسقط تبيّن لنه لم يجب من اصله بخلاف سقوطه بالاداء او الابراء ، فإنه مقتصر على الحال (افاده في رد المحتار)

ثم ان ثمن المبيع انما تصح الكفالة به اذا كان البيع صحيحاً . اما اذا كان فاسداً ، فلا ، لأن الثمن حينئذٍ غير مضمون على المشتري فلا تصح الكفالة به . وانما المضمون عليه رد عينه او قيمته ان كان هالكاً ، وهما غير مكفول بها .

وفي النهر عن التتارخانية : لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما اداه على البايع ، وان شاء على المشتري . ولو فسد بعد صحته بأن الحقا به شرطًا فاسداً ، فالرجوع للمشتري على البايع ، يعني والكفيل يرجع بما اداه عَلَى المشتري . وكان الفرق بينهما انه بظهور الفساد تبيّن ان البايع اخذ شيئًا لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه وان الحقا شرطًا فاسداً تبين ان البايع حين قبضه قبض شيئاً يستحقه اه وقالوا : لو استحق المبيع برأ الكفيل من الثمن ولو كانت الكفالة لغريم البايع . ولو رد عليه بعيب بقضاء او بغيره او بخيار رؤية او شرط ، برأ الكفيل ، الا ان تكون الكفالة لغريم البايع ، فلا يبرأ . والفرق بينهما فيما يظهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب على المشتري . وفي الرد بالعيب ونحوه وجد المسقط بعد ما تعلق حق الغريم به ، فلا يسري عليه . اه رد المحتار . وما ذكروه في باب خيار الشرط من انه « لو كان بالثمن كفيل ففسخ المشتري ولم يرد المبيع الى البايع فله ، اي للبايع ، مطالبة الكفيل بالثمن حتى يرد المشتري المبيع » لا يخالف ما قدمناه قريبًا عن النهر ، لأن مناط برائة الكفيل عن الكفالة في الخيارات المذكورة هو رد المبيع للبايع ، لا مجرد فسخ البيع . فما في البحر من انه مخالف له غير مسلم وان اقره العلامة ابن عابدين في حاشيته عليه .

❋ كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة بكون

الكفيل مجبوراً على ايفائه عيناً او بدلا . وكذلك نصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشراء ان كان قد سمّى ثمنه . ولكن لا نصح الكفالة بعين المبيع قبل القبض لأنه لو تلف عين للبيع في يد البايع بفسخ البيع ولا يكون مضموناً على البايع الا انه يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه . وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الأمانات لكونها غير مضمونة على الأصيل . ولكن لو قال انا كفيل ان اضاع المكفول عنه هذه الاشياء او استهلكها تصح الكفالة ❋

هذا شروع في بيان حكم الكفالة بالعين بعد الفراغ من بيان حكم الكفالة بالدين . والأصل ان الكفالة بالاعيان تصح اذا كانت مضمونة بنفسها ، لا بغيرها ولا بالأمانات ، كما في الدر وغيره .

وفي حاشية رد المحتار: اعلم ان الاعيان اما مضمونة على الأصيل او امانة . فالثاني كالوديعة ومال المضاربة والعارية والمأجور في يد المستأجر والمقبوض على سوم النظر او على سوم الشراء ولم يسمّ له ثمن . فهذه لا تصح الكفالة بها لأنها غير مضمونة على الأصيل .

والأول ، وهي الاعيان المضمونة ، اما مضمونة بغيرها كالمبيع بيعاً صحيحاً قبل القبض وكالرهن ، فإنهما مضمونان بالثمن والدين . الا يرى ان المبيع بيعاً صحيحاً لو هلك لا يجب عليه شيء ، بل ينفسخ البيع ويرد الثمن ان كان قبضه . وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه بهلاكه .

واما مضمونة بنفسها كالبيع فاسداً ، اي بعد قبضه ، والمقبوض على سوم الشراء بعد بيان الثمن ، والمغصوب ونحوه ، مما تجب قيمته عند الهلاك . وهذا نصح الكفالة به . اه بزيادة توضيح من البحر وغيره .

ومن الأعيان المضمونة بنفسها ما جعل منها مهراً او بدل خلع او بدل صلح عن

دم ، كما في الدر عن الخانية ، فتصح الكفالة بها لأن هذه الأشياء ، يعني النكاح والخلع والصلح عن الدم ، لا تبطل بهلاك العين ، كما في البحر .

ثم ان تعليل عدم صحة الكفالة بالعين المرهونة والمستعارة وسائر الأمانات بكونها غير مضمونة على الأصيل ، يلزم منه انها لو صارت مضمونة بالاستهلاك او التقصير بالحفظ ، تصح الكفالة بقيمتها ، كما لو علق الكفالة على ما به ، تصير مضمونة لأن الكفالة حينئذٍ تكون بدين صحيح . فقوله في هذه المادة « ولكن لو قال انا كفيل ان اضاع المكفول عنه الخ » تصريح بما لزمه التعليل المذكور .

وقد اطلق عدم صحة الكفالة بالعين المرهونة فشمل ما اذا ضمن الرهن عن المرتهن للراهن او عكسه ، كما في البحر عن جامع الفصولين .

وفي فتح القدير : ولو ضمن لصاحب الدين ما ينقص الرهن من دينه ، وكانت قيمة الرهن تسعماية والدين الفاً ، ضمن الكفيل ماية ، لأنه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الاصيل . ولو استعار الراهن الرهن من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن ، لم يلزم الكفيل شيء ، لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض ، فلا يضمن الكفيل ايضاً . ولو كان الراهن اخذه بغير رضى المرتهن ، جاز ضمان الكفيل واخذ به ، لأن الراهن ضامن بمالية العين هنا — الا يرى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن ، اي لتكون رهناً كأصلها ، فيكون بمنزلة كفالة المغصوب ☼

☼ وايضاً تصح الكفالة بتسليم هؤلاء وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهة ، يكون مجبوراً على تسليمها . الا انه كما ان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به ، كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء ☼

يعني ان ما تقدم من التفصيل انما هو في الكفالة بنفس الاعيان . واما الكفالة بتسليمها ، فهي صحيحة مطلقاً ، سواء كانت امانةً او مضمونةً بنفسها او بغيرها . وفائدتها حينئذٍ الزام الكفيل احضار العين وتسليمها للمكفول له . ولو عجز بأن

هلكت العين المكفول بتسليمها ، انفسخت الكفالة ، فهي نظير الكفالة بالنفس سواء ، كما في البحر ٠

ثم اذا كان الواجب على الأصيل حمل العين واحضارها وردها للمكفول له كالعارية والمستأجرة والمبيعة والمرهونة ، كان ذلك واجباً على الكفيل ايضاً ٠ وان كان الواجب على الأصيل التخلية فقط كالوديعة ومال المضاربة والشركة ، كان ذلك واجباً على الكفيل ، وهو ان يحصلها ويخلي بينه و بينها دون احضارها اليه ٠ هذا ما اعتمده في الفتح والبحر والتبيين والدرر وغيرها ٠ فالمراد باحضار العين وتسليمها في هذه المادة ما هو اعم من التخلية ومن الحمل والرد اليه ٠ وقيل ان الكفالة بتسليم العين في الاول تصح ، وفي الثاني لا ، وهو ضعيف ، كما في البحر ٠

وقد افادت هذه المادة انه لا يلزم من صحة الكفالة بهذه الاعيان ان يكون للكفيل حق حبسها عن المكفول عنه ، فانها تبقى بيد المكفول عنه الواجب عليه احضارها وتسليمها من عنده ٠٠ وبهذا قالوا انها على وزان كفالة النفس سواء ، فليحفظ هذا ٠

المادة ٦٣٢ — ﴿ لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية ﴾

لأن الكفالة انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه ، ولا تجري النيابة عن العقوبات لأن المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد ، فلا يمكن اقامتها على غير الجاني ، لعدم الفائدة (كذا في التبيين)

وهذا في الكفالة بنفس الحد والقصاص ، يعني بايفائه ، اما لو كفل بنفس من عليه الحد ، تصح ٠ لكن هذا في الحدود التي فيها للعباد حق ، كحد القذف والسرقة والقصاص — بخلاف الحدود الخالصة ، كحد الشرب والزنى (رد المحتار)

وهل يجبر من ادعى عليه حد او قود على اعطاء كفيل بالنفس الى ان تقوم عليه البينة ؟ — ان كان من الحدود الخالصة ، لا يجبر اتفاقاً ٠ وان كان مما فيه

حق العباد ، يجبر عندهما ، لا عند الامام . والمراد بالجبر على قولهما الملازمة لا الحبس ، اي بأن يدور معه الطالب حيث دار كيلا يختفي عنه . واذا اراد دخول داره فإن شاء المطلوب ادخله معه ، والا منعه الطالب من دخولها . و كذا لو ادعى عليه ما يوجب التعزير ، فما كان منه من حقوق الله تعالى ، لا يجوز به التكفيل كالحد (كذا في الدر وحواشيه)

﴿ ولكن تصح الكفالة بالأرش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل ﴾

قال في البحر : ارش الشجة وقطع الطرف دينٌ صحيحٌ فصحت به الكفالة اه لكن ذكر في رد المحتار عند قول صاحب التنوير « فلا تصح ببدل الكتابة » ما نصه : و كذا لا تصح الكفالة بالدية ، كما في الخلاصة والبزازية .

وفي الظهيرية : واعلم ان الكفالة ببدل الكتابة والدية ، لا تصح اه ونقلها في التتارخانيه عن الظهيريه ولم ينقل فيه خلافاً . ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة (رملي)

ولعل وجهه ان الدية ليست ديناً حقيقة على العاقلة لأنها انما تجب اولاً على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعاونة والظاهر انها لو وجبت في مال القاتل ، كما لو كانت باعتراف ، تصح الكفالة بها ، فتأمل . وفي كافي الحاكم قال: ان قتلك فلان خطأً فأنا ضامن لديتك ، فقتله فلان خطأً ، فهو ضامن لديته اهـ ما في رد المحتار

اقول : وهذا التوجيه فيه نظر ، لأن الدين الصحيح الذي تصح الكفالة به هو كما تقدم ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء . وهذا التعريف صادق على الدية سواء وجبت على القاتل او على العاقلة ، لا من وجوبه على العاقلة بايجاب الشرع لا بطريق التبرع ، ولأنه يؤدي الى التفرقة بين الدية التي تجب على العاقلة فلا تصح الكفالة بها ، وبين الدية التي تجب على القاتل ، فتصح . وهذا يحتاج الى نص فيه ، مع ان اطلاق البزازية والظهيرية والخلاصه عدم صحة الكفالة بها ، يقتضي عدم التفرقه بينهما . كما ان اطلاق ما قدمناه عن البحر من صحتها بأرش الشجة وقطع الطرف ، واطلاق كافي الحاكم صحتها ، يقتضي صحتها مطلقاً . فامل

المسئلة خلافية ، وحينئذ فيوجه قول القائل بعدم صحتها مطلقاً انه ناظرٌ الى كونها ملحقة بأصلها ، وهو القصاص . فقد صرحوا في كتاب الديات ان الدية خلفٌ عن القصاص ، فلما لم تصح الكفالة بالأصل لم تصح بما هو خلف عنه . وهذا كما قالوا ان الكفالة ببدل السعاية بأن اعتق بعض العبد وضمن العبد في باقيه ، فإنهم قالوا لا تصح الكفالة به مع انه دينٌ صحيح لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، الحاقاً له ببدل الكتابة الذي يسقط بغيرهما ، وهو التعجيز . ويوجه قول القائل بصحتها انه ناظر لكونها ، اي الدية ، ديناً صحيحاً لا يسقط الا بالاداء او الابراء

والحاصل ان التفرقة في الحكم بين دية تجب على القاتل وبين دية تجب على العاقلة ، يحتاج الى نقل صريح فيه ، مع انه لا وجه له يظهر ، فليتدبر .

المادة ٦٣٣ — ﴿لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس ايضاً﴾

اعلم ان الكفالة عن المديون المفلس حال حياته صحيحة اتفاقاً . حتى لو مات ولم يترك شيئاً يضمن الكفيل ما كان كفله حال حياته . وكذا تصح الكفالة بعد موته مفلساً ، اتفاقاً ، بدين لحقه بعد الموت ، بأن حفر بئراً على الطريق فتلف به حيوان بعد موته ، فكفل بقيمته انسان .

اما لو مات مفلساً وعليه دين لحقه في حياته لا كفيل به ولا رهن فكفله انسان ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا تصح الكفالة به ، لأن الدين سقط بموته مفلساً في احكام الدنيا . حتى لو ترك شيئاً لا يفي بجميع الدين تصح الكفالة بمقداره وتبطل بالباقي . وعندهما تصح ، لأن الدين لما كان ثابتاً في حياته لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، ولم يوجد شيء منهما ، فبقي عليه . ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة ، وانه لو تبرع به انسان بلا كفالة جاز اخذ الطالب منه اتفاقاً . ولو كان يسقط بالموت ، ما حل له اخذه . وانه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة اتفاقاً . ولو سقط الدين ، بطلت الكفالة لسقوطه

عن الاصيل . هذا حاصل ما في الملتقى وشروحه والدر وحواشيه والهداية وشروحها والكنز وشروحه . وقد جرت المتون على قول الامام ، وقدمه في الملتقى على قولهما وأخر دليله في الهداية على دليلهما ، فكان هو الراجح في المذهب .

لكن ظاهر هذه المادة ان جمعية المجلة قد اختارت قول الامامين رحمهما الله تعالى الموافق لما قال به الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم ، كما في فتح القدير ، لانها اطلقت صحة الكفالة عن المفلس ولم تقيدها بكون المفلس حياً . ولو كان مرادها التقييد بذلك لما سكتت عن بيان حكم الكفالة بدين من مات مفلساً .

واذا كانت جمعية المجلة قد اختارت قولهما يجب العمل به وان كان مرجوحاً لصدور الأمر السلطاني بذلك ، فافهم .

﴿ تتمة ﴾

كفالة الوكيل بالثمن لموكله وكفالة المضارب لرب المال بالثمن فيما باعه ، باطلة لان حق القبض لهما بجهة الأصالة في البيع . ولهذا لا يبطل حقهما في القبض بموت الموكل ورب المال ولا بعزله . ولذا جاز ان يكون الموكل وكيلا عن الوكيل في القبض ، ورب المال عن المضارب وللوكيل والمضارب عزله ، لرجوع الحقوق اليهما ، وبرّ المشتري في حلفه ان لا شيء عليه للموكل ورب المال ، وحنث لو حلف ان لا شيء عليه للوكيل والمضارب .

فبتدنا بالوكيل لأن الرسول بالبيع تصح كفالته بالثمن عن المشتري . ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الامام ، لكونه كالرسول .

وقيد بالثمن لأن الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر ، صح ، لكونه سفيراً ومعبراً .

وقيدنا بأن يكون ثمن ما باعه الوكيل لأن البائع لو وكل رجلاً بقبض الثمن فكفل به الوكيل ، صح . وكذا لو ابرأه عنه ، لم يصح . ولو ابرأه الوكيل بالبيع عنه ، صح ابراؤه وضمن (كذا في وكالة الخانية)

وظاهر كلامهم ان الوصيّ والمتولي على الوقف اذا باعا شيئاً وضمنا الثمن عن

المشتري فهما كالوكيل والمضارب (كذا في البحر)

وفي جامع الفصولين : الوكيل بالبيع اذا كفل بالثمن لموكله ثم ضمنه له لم يجز فيرجع به . ولو ادّى بغير ضمان ، جاز ولا يرجع اه .

وفي التنوير وشرحه الدر : ولا تصح الكفالة بالعهدة لاشتباه المراد بها ، ولا بالخلاص ، اي تخليص مبيع يستحق ، لعجزه عنه . نعم لو ضمن تخليصه ولو بشراء ، ان قدر ، والا فيرد الثمن ، كان كالدرك (عيني) اه قال في رد المحتار: قوله «لاشتباه المراد بها» لاطلاقها على الصك القديم ، اي الوثيقة التي تشهد للبائع بالملك وهي ملكه . فاذا ضمن بتسليمها للمشتري ، لا يصح ، لانه ضمن ما لم يقدر عليه ، وعلى العقد وحقوقه ، وعلى الدرك وخيار الشرط ، فلم تصح الكفالة للجهالة (نهر)

قلت : فلو فسرها بالدرك ، صح ، كما لو اشتهر اطلاقها عليه في العرف ، لزوال المانع ، تأمل .

وقوله « ولا بالخلاص » اي عند الامام . وقالا تصح . والخلاف مبني على تفسير الخلاص ، فهما فسراه بتخليص المبيع ان قدر عليه ، ورد الثمن ان لم يقدر عليه — اي على تخليص المبيع ، وهذا ضمان الدرك في المعنى ، فتصح الكفالة به . وفسره الامام بتخليص المبيع فقط ممن يستحقه ، ولا قدرة له عليه اه .

وفي الدرر والغرر : ولا يصح الكفالة بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة عبد معين مستأجر لها للعجز عن التسليم ، لأنه استحق عليه الحمل على دابة معينة . والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة لأنه اتى بغير المعقود عليه = الا ترى ان المؤجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزاً ضرورة . وكذا العبد للخدمة ، بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة ، لأن الواجب على المؤجر الحمل مطلقاً ، والكفيل يقدر عليه بأن يحمله على دابة نفسه اه .

قيّد بالحمل لأن الكفالة بتسليم الدابة المعينة صحيح كما في التبيين (شرنبلالية) وهذا ما قدمناه في شرح المادة (٦٣٠) عن العمادية .

﴿ الباب الثاني ﴾

ـ في بيان احكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول ـ

﴿ الفصل الاول ﴾

= في بيان حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة =

المادة ٦٣٤ ﴿ حكم الكفالة المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل ﴾

اي متى شاء الطالب ، سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل اولا (فتح)
وفي البحر : وحكمها ثبوت مطالبة الكفيل بما على الأصيل ، فإن كان عليه دين طولب بكله الكفيل ان كان واحداً وان كانا اثنين طولب كل واحد بنصفه ، اي ان لم يكفلا على التعاقب ، والا فيطالب كل واحد بكل المال ، كما سيأتي .
والكفيل بالعين يطالب بتسليمها حال قيامها ، و ببدلها حال هلاكها يعني اذا كانت العين مضمونة بنفسها كما تقدم ، والا فلا تصح الكفالة بها . والكفيل بالتسليم يطالب بها وبالفعل جميعاً ، يعني ان امكن اه .

المادة ٦٣٥ = ﴿ يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً ان كان الدين معجلاً في حق الأصيل . وعند ختام المدة المعينة ان كان

موءجلاً . مثلاً لو قال احدٌ انا كفيل عن دين فلان فللداين ان يطالب الكفيل في الحال ان كان معجلاً وعند ختام مدته ان كان موءجلاً ❊

اي وان لم يسمّ الأجل وقت الكفالة ، كما في رد المحتار عن الكافي .
وفي الهندية عن السراج : اذا تكفل رجلٌ بألف موءجلة على الأصيل فمات الكفيل ، يوءخذ من تركته حالاً ولا ترجع ورثته على المكفول عنه ، الا بعد حلول الأجل . وان مات الاصيل ، حل الدين في حقه ويبقى موءجلا في حق الكفيل ، حتى لو اختار المكفول له متابعة الكفيل دون ورثة الأصيل ينظر حتى يحل الاجل آه .
وهذه المادة مكررة مع المادة (٦٥٢) الآتية ، فاحداهما تغني عن الاخرى .

المادة ٦٢٦ — ❊ اما في الكفالة التي انعقدت مضافة الى زمان مستقبل او معلقة بشرط فلا يطالب الكفيل ما لم يحل الزمان او يتحقق الشرط ❊

اعلم ان الكفالة المعلقة بشرط ، وان كانت تسمّى مضافة باعتبار ان حكم الكفالة وهو مطالبة الكفيل في كل منهما ، مضاف لمستقبل ، لكن بينهما اي بين التعليق والاضافة ، فرق ذكره في ما يبطل بالشرط ولا يصح التعليق به من رد المحتار . وحاصله ان التعليق يمنع المعلق عن السبب للحكم في الحال ، فالتعليق يمنع الكفالة عن ان تكون سبباً لحكمها وهو المطالبة في الحال ، وتجعله موءخراً الى وجود الشرط . فعند وجوده ينعقد سبباً مفضياً الى حكمه . واما المضاف مثل « كفلت ثمن ما تبيعه لفلان » فإنه ، ينعقد سبباً للحال لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية ، لكن يتأخر حكمه وهو مطالبة الكفيل الى الوقت المضاف

اليه . فالاضافة لا تخرجه عن السببية ، بل تؤخر حكمه ، بخلاف التعليق . ولهذا قالوا : ان جاء غد فللهعلي ان اتصدق بكذا ، لا يجوز له التصدق قبل الغد ، لأنه تعجيل قبل السبب . ولو قال لله عليّ ان اتصدق بكذا غداً ، له التعجيل قبله ، لانه اي التعجيل ، بعد السبب ، لأن الاضافة دخلت على الحكم لا السبب ، فهو تعجيل للمؤجل . وتفرع عليه ايضاً ما لو حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق الى الغد ، حنث . وان علقه لا يحنث . وبهذا تعلم ان ما سنذكره من اشتراط كون الشرط ملايماً للكفالة لا يتأتى في المضافة . فما كتبه الشارح سليم باز هنا مما يفيد عدم التفرقة بين المضافة والمعلقة غير سديد ، فافهم .

ثم ان الكفالة المعلقة تكون معلقة بشرط صريح كالتعليق بأن واذا وما اشبهها او بشرط ضمني ، اي بلفظ فيه معنى التعليق ، وتسمى هذه مقيدة بالشرط ، ككفلت بشرط كذا او على ان يكون كذا . وهي ، اي المعلقة صريحاً او ضمناً ، انما تصح اذا كان الشرط ملايماً للكفالة . والملايمة تكون بأحد ثلاثة امور : احدها ان يكون الشرط سبباً لتعذر الاستيفاء ، اي لصعوبته والثاني ان يكون سبباً للزوم الحق . والثالث ان يكون سبباً لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء الدين . وها ان هذه المادة قد اشارت الى ما ذكرناه من الكفالة المعلقة بنوعيها ، والى اشتراط ما ذكرناه من الأمور الثلاثة لصحتها ، والى المضافة ، سواء كانت الكفالة كفالة مال او نفس ، بتعدد الامثلة الآتية ، فقالت :

﴿ مثلا لو قال ان لم يعطك فلان طلبك فأنا كفيل بادائه تنعقد الكفالة مشروطة وعند المطالبة ان لم يعطه ذلك الرجل دينه يطالب الكفيل والا لا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل . وكذا لو قال ان سرق فلان مالك فأنا ضامن تصح الكفالة وان ثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل . وكذا لو كفل بشرط ان يمهل كذا اياما اعتباراً من الوقت الذي يطالب المكفول له وامهل من

وقت المطالبة مقدار تلك الايام فللمكفول له ان يطالب الكفيل بعد مرور الايام المذكورة اي وقت شاء وليس للكفيل استدعاء مهلة أخرى بقدر تلك الايام · وكذا لو قال انا كفيل بطلبك الذي يثبت في ذمة فلان او بالمبلغ الذي ستقرضه فلانًا او بالشيء الذي يغصبه فلان او بثمن الذي ستبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا بعد تحقق هذه الاحوال · يعني لا يطالب الكفيل الا بعد ثبوت الطلب والاقراض وتحقق الغصب ووقوع البيع والتسليم · وكذا لو قال انا كفيل باحضار فلان في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل باحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم ❊

فالمثال الاول، وهو ما لو قال ان لم يعطك فلان ، مثال لما اذا كانت الكفالة كفالة مال وهي معلقة بشرط صريح ملايم للكفالة ، والملايمة من حيث ان الشرط سبب لتعذر الاستيفاء وصعوبته · قال في رد المحتار : ومنه « ان غاب زيد عن المصر فعليّ مالك عليه او ضمنت كل مالك عليه . ان توى اي هلك » وكذا « ان مات ولم يترك شيئًا فأنا ضامن » وكذا « ان حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو عليّ » . وكذا « ان حل مالك على فلان ومات فهو عليّ »

وفي الخانية: ان غاب ولم اوافك به فأنا ضامن لما عليه ، فغاب قبل ان يوافي ، لزمه المال وهو بمنزلة ما لو قال ان غاب قبل ان اوافيك به · ولو قال فإن غاب فلم اوافك به فأنا ضامن لما عليه ، فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة ·

وعن محمد : ان لم يدفع مديونك او ان لم يقضه فهو عليّ ، ثم ان الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا ادفعه او لا اقضيه ، وجب على الكفيل الساعة ·

وعنه ايضًا : ان لم يعطك فلان فأنا ضامن ، فمات قبل ان يتقاضاه ويعطيه ، بطل الضمان · ولو بعد التقاضي قال المديون انا اعطيك ، فإن اعطاه مكانه او ذهب به الى السوق او منزله واعطاه ، جاز · وان طال ذلك ولم يعطه ،

لزم الكفيل .

وفي القنية : ان لم يؤد فلان مالك عليه الى ستة اشهر فأنا ضامن له ، يصح التعليق لأنه شرط متعارف (نهر) قلت : ويقع كثيراً في زماننا :ان راح لك عنده شيء فأنا ضامن ، وهو معنى قوله المار ان توى او هلك . وسيأتي في الحوالة ان التوى عند الامام لا يتحقق الا بموته مفلساً اه مافي رد المحتار .

لكن افتى في تنقيح الحامدية فيما لو قال بعه فان راح لك شيء من الثمن عنده فهو عندي ، انه بمجرد امتناع المشتري عن دفع الثمن يضمن الكفيل . وعليه فلا يكون الرواح بمعنى التوى ، فليتأمل .

والمثال الثاني ، وهو قولك ان سرق فلان مالك الخ مثال لما تقدم ايضاً . لكن الملائمة فيه من حيث ان الشرط سببٌ للزوم الحق . ومنه : ان استحق البيع او جحدك المودع او غصبك فلان كذا او اتلف لك المودع الوديعة او المرتهن الرهن او المستعير العارية او المستأجر المأجور . وكذا ان قتلك او قتل ابنك خطأ فعلي الدية ، كما في الدر ، اقول : وهذا على القول بصحة ضمان الدية ، كما اشارت الى اعتماده المادة (٦٣٢)

والمثال الثالث ، وهو قوله « لو كفل بشرط ان يمهل كذا اياماً الخ » مثالٌ لما اذا كانت الكفالة مالية والتعليق ضمني ، اي بشرط غير صريح . والملائمة من حيث ان الشرط سبب لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء الدين . ومنه ماذكره في الهندية : لو ضمن له الف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها ، لم يكن على الكفيل ضمان . وكذا لو باعها بعبد ، لم يلزمه المال ولم يجبر على بيع العبد في الضمان . فإن باع العبد بعد ذلك بدراهم جعلتُ عليه ان يقضيه من تلك الدراهم ، استحسن ذلك .

ولو ضمن عن رجل مالاً على ان يعطيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات العبد قبل ان يبيعه ، بطل الضمان عن الكفيل . وان باع العبد بمائة درهم وهي قيمته والدين الف ، لم يلزمه من الضمان الا بقدر قيمة العبد . وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى : اذا ضمن على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له ، فالضمان باطل . ولو ضمن على ان يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له ، فالضمان لازم اه

ومنه: كفلت بمالك عَلَى زيد بشرط ان يقدم من سفره او يقدم مودعه او مضار به او غاصبه ، فإن قدوم زيد او قدوم مودعه او مضاربه او غاصبه وسيلة للاستيفاء ، كإمهاله مدة معينة من حلول الطلب على الأصيل — بخلاف ما اذا كان المعلق عليه قدوم اجنبي عن المديون من كل وجه ، فإن الكفالة حينئذٍ لا تصح ، كما هو الحكم في كل شرط غير ملايم للكفالة ، سواء كان التعليق صريحاً او ضمنياً ، كقوله ان هبت الريح او بشرط ان تهب او على ان تهب . وكذا ان جاء المطر او جاء عمرو وهواجنبي عن المديون من كل وجه ، كما في الدر وحواشيه وغيرها ، وهذا معنى اشتراط الملايمة في صورة التعليق .

اما لو جعل ما ذكر اجلاً للكفالة ، فقد قال في رد المحتار : ان كان الاجل مجهولاً جهالة متفاحشة كقوله كفلت لك بزيد او كفلت بمالك عليه الى ان يهب الريح او يجيئ المطر ، تثبت الكفالة ويبطل الأجل . ومثله الى قدوم فلان وهو غير مكفول به او عنه . وان كان مجهولاً جهالة غير متفاحشة مثل الى الحصاد او الدياس او المهرجان او العطاء او صوم النصارى ، جازت الكفالة والتأجيل ، وكذلك الحوالة . ومثله الى ان يقدم المكفول به من سفره ، وهذا لا نزاع فيه اهـ

واما المثال الرابع ، وهو قوله انا كفيل بطلبك الذي يثبت في ذمة فلان الخ ، فهو مثال لما اذا كانت الكفالة مضافة الى زمان مستقبل ، وحكمها تأخير مطالبة الكفيل الى وقت تحقق الثبوت في « انا كفيل بطلبك الذي يثبت في ذمة فلان » ووقت تحقق الاقراض في « انا كفيل بالذي ستقرضه فلاناً » ووقت تحقق الغصب في « انا كفيل بالذي يغصبه منك فلان » ووقت تحقق البيع في « انا كفيل بثمن الذي ستبيعه من فلان »

ثم ان تحقق وجود ما ذكره اذا ادعاه المكفول له انما يكون باعتراف الكفيل او باقامة المكفول له البينة عليه عند جحود الكفيل .

واما لو اقر به المكفول عنه وجحد الكفيل ، فهل يكون اقراره نافذاً عليه؟— اما في صورة ما لو قال له انا كفيل بطلبك الذي يثبت على فلان ، فينفذ ، لأن الكفالة مقيدة بما يثبت ، والثبوت يحصل باقرار الأصيل . وهذا كما قالوا في مسئلة ما ذاب لك على فلان كما تقدم في شرح المادة (٦٣٠) لأن الذوب والثبوت

بمعنى واحد .

وقيدنا باقرار الأصيل لأنه لو انكر وتوجهت عليه اليمين فنكل وحكم عليه بنكوله ، لا يلزم الكفيل ، لأن النكول بذل فداء عن اليمين ، لا اقرار (صرح به في فتح القدير)

واما في صورة ما لو قال انا كفلت بثمن الذي ستبيعه من فلان ، فقد قدمنا في شرح المادة المذكورة عن الفتح ناقلاً عن الخلاصة انه لو قال بايع فلاناً وما بايعته من شيء فعلي فقال البايع بعته متاعاً بألف وقبضه مني واقر به المطلوب وجحد الكفيل ، يؤخذ به استحساناً بلا بينة . ثم نقلنا هناك عن الهندية عازياً للمحيط تفصيلا في المسئلة تلزم مراجعته ، ومسئلتنا هذه نظيرها .

وفي الهندية : رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غداً فعليه ما ادعى الطالب عليه ولم يواف به الغد وادعى الطالب عليه الف درهم وصدقه المطلوب وجحدها الكفيل ، كان القول قول الكفيل على العلم . ولو اقام الطالب البينة على ذلك او نكل الكفيل ، لزم الكفيل الألف ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غداً فعليه من المال ما اقر به المطلوب ولم يواف به الغد واقر المطلوب ان له عليه الف درهم ، كان الكفيل ضامناً لما اقر به المطلوب . والفرق ان في مسئلة الاقرار الكفالة اضيفت الى ما هو سبب الوجوب من كل وجه ، وهي جائزة للتعامل ، اما في مسئلة الدعوى فالكفالة اضيفت الى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه ، لأن الدعوى ان كانت سبب الوجوب في حق المدعي ليست بسبب الوجوب في حق المدعي عليه ، ولا تعامل في اضافة الكفالة الى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه ، فيرد الى ما يقتضيه القياس . ولا يمكن تصحيح هذه الكفالة لو جعلناها مضافة الى مجرد الدعوى فجعلناها مضافة الى دعوى يثبتها الطالب بالحجة حتى تصير سبباً للوجوب من كل وجه ، حتى لا تلغو هذه الاضافة اصلاً اه .

واما في صورة ما لو قال انا كفيل بالذي ستقرضه فلاناً او انا كفيل بالشيء الذي يغصبه منك فلان ، فالظاهر انه لا ينفذ فيه اقرار المكفول عنه على الكفيل . وارجع الى ما كتبناه في شرح المادة المذكورة ، فإن تحقيق ذلك هناك .

واما المثال الخامس ، وهو قوله انا كفيل باحضار فلان في اليوم الفلاني ، فهو مثال لما اذا كانت الكفالة بالنفس وهي مضافة الى المستقبل . اشار به الى انه لا فرق في جميع ما تقدم بين ان تكون الكفالة بالمال او النفس .

﴿ تنبيه ﴾

اذا كانت الكفالة معلقة بشرط وتكرر وجود الشرط فهل يكون كفيلا بما وجب بالشرط الذي وجد اول مرة فقط او بالجميع . حاصل ما ذكره في الدر وحاشيته رد المحتار انه ان كان بكلما كقوله كلما بايعت فلاناً او اقرضته او غصبك شيئاً او ذاب لك عليه شيء فعلي ، كانت الكفالة بالجميع . فتكرر الكفالة بتكرر الشرط اتفاقاً . وان كان التعليق بأن او اذا او متى ، كانت الكفالة بما ثبت بالشرط اول مرة فقط ، اتفاقاً ، ولا يكون كفيلا بما وجب به في المرة الثانية وما بعدها . وان كان التعليق بما كقوله ما بايعت فلاناً فعلي ، فقيل انه مثل ان واذ . وفي المبسوط انها مثل كلما . وما في المبسوط ذكره في كافي الحاكم ولم يذكر فيه خلافاً ، فكان هو المذهب . وزاد في المحيط ان الذي مثل ما اه ــ اقول : والظاهر ان مهما مثل كلما ، وهو ظاهر .

وفي الهندية : لو قال ان بعته متاعاً او اذا بعته متاعاً فأنا ضامن لثمنه ، فباعه متاعاً نصفين كل نصف بخمسمائة احدهما قبل الآخر ، لزم الكفيل الأول دون الثاني اه .

﴿ تتمة ﴾

قدمنا في شرح المادة (٦٢٥) حكم ما لو كفله بألف على انه كلما طالبه الداين به فله اجل شهر ، فليراجع .

المادة ٦٣٧ = ﴿ يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضاً . مثلاً لو قال كلما حكم على فلان فأنا كفيل بادائه واقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم على الكفيل اداؤه ما لم يلحقه

حكم الحاكم *

فيه ان عدم لزومه الاداء على الكفيل في هذا المثال انما هو لعدم تحقق الشرط المعلق عليه ، وهو الحكم . فالاولى التمثيل بكلما حكم به فلان الحاكم على فلان فأنا كفيل بادائه فحكم به حاكم آخر غير فلان ، او ما بايعت به فلانا اليوم فعلي فبايعه بعد مضي اليوم ، او ما بايعته من ثوب زطي فبايعه ثيابًا هروية او باعه كر حنطة ، فإنه لا يلزم الكفيل شيء في جميع هذه المسائل ، كما في الهندية ، لأنه وان تحقق الشرط وهو حكم الحاكم والبيع ، لكن لم يتحقق الوصف او القيد .

المادة ٦٣٨ - * في الكفالة بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يواخذ الكفيل ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن *

لأن الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق ، وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري ، وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ . ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ ، جاز . فلو كان منتقضًا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه ، لأن بدل المستحق مملوك — الا ترى انه لو كان الثمن عبدًا فاعتقه البائع في هذه الحالة ، عتق . وكذا لو كان المشتري باع ما اشتراه من انسان فاستحقت من يد الثاني ، ليس للمشتري الأول ان يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني ، كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد . فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الأجازة ولزم البائع رد الثمن ، فيلزم كفيله ضرورة اه (زيلعي)

اقول : استظهر في رد المحتار من باب الاستحقاق ان البيع كما ينفسخ بالقضاء على البائع برد الثمن ينفسخ ايضًا بفسخ المستحق صريحًا ، وبفسخ المتعاقدين اي المشتري والبائع . وعليه فانما يكون قضاء الحاكم على البائع برد الثمن شرطًا لمؤاخذة الكفيل الدرك اذا لم يفسخ المستحق البيع صريحًا ولم يفسخه المتعاقدان . حتى لو انفسخ

البيع بأحدهما لا يكون القضاء شرطاً لأنه حينئذ سقط احتمال الاجازة ولزم البايع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة ، فليتدبر . والمراد بالاستحقاق هنا الناقل للملك . اما المبطل له كدعوة النسب ودعوى الوقف في الأرض المشتراة او انها كانت مسجداً ، يرجع على الكفيل وان لم يقض بالثمن على المكفول عنه . ولكل واحد من الباعة الرجوع على بايعه وان لم يرجع عليه بخلاف الناقل . وتمام احكامه مرّ في باب الاستحقاق (كذا في رد المحتار)

واشار بقوله « ما لم يحكم بعد الحاكمة على البايع برد الثمن » الى ان القضاء على البايع قضاء على الكفيل ، وللمشتري ان يأخذ الثمن من ايهما شاء . وافاد انه لا يخاصم الكفيل اولاً ، وهو ظاهر الرواية ، خلافاً لأبي يوسف .

وقيد بالاستحقاق لأن البيع لو انفسخ بينهما بما سواه وصار الثمن مضموناً على البايع ، لم يؤاخذ الكفيل به . كما اذا فسخ بخيار رؤية او شرط او عيب .

واشار بقوله « بالثمن » الى ان المشتري لو بنى في الأرض ثم استحقت فإنه لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء ، وانما يرجع بها على البايع فقط اذا سلم النقض له ، وهو ظاهر الرواية (افاده في البحر)

﴿ تتمة ﴾

ذكر في الهداية وغيرها : اذا باع رجل داراً مثلاً وكفل رجل للمشتري عن البايع بالدرك ، فكفالته تسليم بالمبيع واقرار منه انه لا حق له فيها . حتى لو ادّعى ان الدار ملكه او ادّعى الشفعة او الأجارة ، لا تسمع دعواه . ولو كتب شهادته في صك البيع ولم يكفل ، لم يكن تسليماً ، وهو على دعواه . لكن هذا اذا كتب شهد فلان البيع والشراء ، او كتب جرى البيع بمشهدي ، او كتب اقر بالبيع والشراء عندي — اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بأن كان في صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه وكتب هو «شهد بذلك» لا تصح دعواه بعد ذلك اه .

وفي الهندية : واذا اخذ الكفيل بالدرك رهناً اي من المكفول عنه ، فالرهن باطل ولا ضمان اه اي لا ضمان على المرتهن ، لأنه امانة . وهذا بخلاف ما لو كفل

الرجل عن رجل بمال بأمره ورهنه المكفول عنه رهناً ، فإنه جائز . فإن هلك الرهن في يد الكفيل صار مستوفياً لما وجب على المكفول عنه حكماً بهلاك الرهن ، كما في الهندية .

والفرق ان الكفيل في الدرك لم يجب له مال على الأصيل بعد ، فصار كما لو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهناً ، كان الرهن باطلاً كما في الخانية اه وفيها : وتجوز الكفالة بنفس البائع في الدرك اه .

المادة ٦٤٩ = ﴿ لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقتة الا في ظرف مدة الكفالة . مثلاً لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرء من الكفالة ﴾

انظر ما كتبناه في شرح المادة (٦٢٤) فإنه مهمٌ .

المادة ٦٤٠ = ﴿ ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة بعد انعقادها . ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المديون في الكفالة المعلقة والمضافة . مثلاً كما انه ليس لمن كفل احداً عن نفسه او دينه منجزاً ان يخرج من الكفالة كذلك لو قال كلما ثبت لك دين في ذمة فلان فأنا كفيله ليس له الرجوع عنها لأنه وان كان ثبوت الدين موءخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المديون مقدم على عقد الكفاله . اما لو قال انا كفيل بكلما تبيعه لفلان او بثمن الذي تبيعه لفلان يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول له لفلان

المذكور . الا ان له ان يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بأن يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع الى ذلك الرجل مالا . فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامناً ذلك البيع

حاصل هذه المادة ان الدين المكفول به اما ان يكون قائماً اي مترتباً في ذمة الأصيل حال الكفالة، وهذا لا يملك الكفيل فيه الخروج عن الكفالة سواء كانت الكفالة منجزة ككفلت بمالك على فلان ، او مضافة ككفلت بما ذاب او يذوب او ثبت او يثبت لك على فلان ، او معلقة كما ثبت او ان ثبت او كلما ثبت لك على فلان فهو عليّ ، فإن معنى هذا كفلت لك بمال يثبت في المستقبل انه كان قائما في ذمة فلان حال الكفالة فلا فرق بين المنجزة وقسيميها من حيث ان المال المكفول به في كل منها قائم في ذمة الأصيل حال الكفالة ، والمتأخر عنها هو الثبوت ، اي ثبوت قيامه في المضافة والمعلقة ، وان كان بينهما فرق من حيث ان اقرار المكفول عنه لا ينفذ على الكفيل في المنجزة وفي قسيميها ينفذ ، لأن الذوب والثبوت يحصلان بالأقرار كما يحصلان بالبينة ، كما تقدم تحقيقه في شرح المادة (٦٣٠)

واما ان يكون غير قائم في ذمة الأصيل حال الكفالة وانما الكفالة قد اضيفت او علقت على ما هو سبب لقيامه في ذمة الأصيل ، ككفلت لثمن ما تبيعه لفلان او تداينه او تقرضه او ما بعت به فلاناً او اقرضته او داينته فهو عليّ ، وهذا القسم يملك الكفيل فيه الخروج عن الكفالة قبل حصول سبب قيام الدين في ذمة الأصيل بأن يقول للمكفول له قبل المبايعة مثلاً رجعت عن الكفالة . وهل يشترط معه نهي المكفول له عن المبايعة بأن يقول له لا تبع فلاناً ؟ — مقتضى تقييد هذه المادة بذلك تبعاً لأكثر المعتبرات ، انه يشترط . لكن قال في رد المحتار : ولم يشترط الولوالجي نهيه عند الرجوع ، حيث قال : لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعة ، لم يلزم الكفيل شيء اه اي فيكون ذكر النهي في اكثر المعتبرات اتفاقيا ، لا احترازيا . تأمل .

والفرق ان الكفالة في الأول كفالة بما هو محقق لازم ، فكانت الكفالة لازمة لابتنائها على ما هو لازم — بخلاف الثاني ، وهو ما بايعت به فلاناً مثلاً فعلي ، فإن المبايعة لم تتحقق بعد فلم تلزم الكفالة ، لأن لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة ووقوع المطالبة على الكفيل ، فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئاً ، فيصح رجوعه . يوضحه ان بعد المبايعة انما اوجبنا المال على الكفيل دفعاً للضرر عن الطالب ، لأنه يقول انما اعتمدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل ، وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة (افاده في البحر)

وفي الهندية : ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر ، جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر . ولو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في رأس الشهر . والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند رأس الشهر ، بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد . وسبب الأجر في الأجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد ، فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلة (كذا في الاختيار شرح المختار) فإن مات الكفيل ثم سكن المستأجر شهراً بعد ذلك فما لزم المستأجر لزم تركة الكفيل . ولا تبطل الكفالة بالموت كما لا تبطل كفالة الدرك ، بخلاف كفالة النفس . وليس للكفيل بالأجر ان يأخذ المستأجر قبل ان يؤدي . فاذا ادى الكفيل ، كان له ان يرجع بذلك على المستأجر ان كانت الكفالة بأمره اه —

اقول : ومقتضى قوله « لتجدد العقد » انه لو أجره سنة بأجرة منجمة كل شهر كذا فكفلها رجل ، انه ليس له الرجوع عن الكفالة عند رأس الشهر ، لأن اجرة السنة وجبت بسبب واحد وهو عقد الاجارة اولاً ، فلم يتجدد ، فليتدبر .

المادة ٦٤١ ❊ من كان كفيلا برد المغصوب والمستعار وتسليمها اذا سلمها الى صاحبها يرجع باجرة نقلها على الغاصب والمستعير اي يأخذها منهما ❊

هكذا اقتصر في الهندية نقلاً عن الذخيرة على اجرة نقل المغصوب والمستعار ،

فقال: قال محمد رحمه الله تعالى : في الأصل المعير اذا اخذ كفيلا برد المستعار، او المغصوب منه اذا اخذ كفيلا برد المغصوب ، ثم ان الكفيل حمل المكفول به الى المالك ، كان للكفيل الرجوع على المستعير والغاصب بقيمة الحمل ، وهو أجر مثل عمله . وهذا استحسان . ولو كان مكان الكفالة وكالة بأن وكل المستعير او الغاصب وكيلا يوافي ذلك في منزل المعير او المغصوب منه، او حيث وقع الغصب او العارية ، فهو جائز ، ولكن لا يجبر الوكيل على النقل ، بخلاف الكفيل فإنه يجبر على النقل اه .

وكأن العلة في رجوع الكفيل باجرة نقل المستعار والمغصوب على المستعير والغاصب ، ان موءنة حملها على المستعير والغاصب ، كما سيأتي في المادة (٨٣٠) و (٨٩٠)

وعليه فالظاهر ان الكفيل بتسليم المبيع اذا كان موزونا او مكيلا وبيع وزنا او مكايلة له الرجوع ايضاً باجرة الكيل والوزن فإن موءنة الكيل والوزن على البايع كما تقدم في المادة (٢٨٩) وكذا أذا كان المبيع حنطة في سنبلها فإن تخليصها بالكدس والدوس والتذرية ودفعها للمشتري على البايع فله اي الكفيل الرجوع بأجرة مثل تلك الاعمال على المكفول عنه ، وهو البايع . وهذا بخلاف الوديعة فان موءنة ردها على ربها المودع ولا يجب على المودع الا التخلية بين الوديعة وبين صاحبها ، كما سيأتي في المادة (٧٩٤) فاذا حملها الكفيل الى بيت المالك كان متبرعاً بالتزام ما لا يلزم المكفول عنه . ومثل الوديعة مال المضاربة والشركة ، وكذا الرهن ، فإن الواجب على المرتهن التسليم بمعنى التخلية ، لا النقل من مكان الى مكان ، كما في رد المحتار . فلو نقله الكفيل بتسليم الرهن ، لا رجوع له باجرة مثل نقله لعدم وجوب ذلك على المكفول عنه ، فافهم .

والذي يظهر ايضاً ان الكفيل انما يرجع بأجرة نقل المغصوب والمستعار اذا كانت الكفالة بأمر الغاصب والمستعير ، والا فلا ، لأن الكفيل بلا امر اذا لم يرجع بالمال المكفول به بعد دفعه ، فهذا اولى ، فتدبر .

﴿ الفصل الثاني ﴾
= في بيان احكام الكفالة بالنفس =

المادة ٦٤٢ — ﴿ حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به اي لأي وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم احضاره على الكفيل بطلب المكفول له في ذلك الوقت · فإن احضره فبها والا يجبر على احضاره ﴾

حاصل ما ذكروه في احكام كفالة النفس ان المضمون بها احضار المكفول به · فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول في وقت بعينه ، لزمه احضاره في ذلك الوقت او بعده — كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل ، فإن احضره فبها ، وان ابى حبسه الحاكم · ولا يحبسه اول مرة وانما يحبسه بعد الرفع مرتين او ثلاث مرات · هذا اذا كان مقراً بالكفالة ، اما اذا كان منكراً فقامت البينة عليه او حلفه القاضي فنكل ، يحبسه في اول مرة لظهور مطله · وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره · واما اذا ظهر عجزه ، فلا معنى لحبسه ، كما اذا مات المكفول به او غاب ولا يدري مكانه · واذا لم يحبسه اول مرة فلا يحال بينه وبين الطالب ، فيلازمه ولا يحول بينه وبين اشغاله · وان اضر به ملازمته ، استوثق منه بكفيل · فأن غاب وعلم مكانه ، لا يطالب الكفيل للحال ، ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها ، سواء كانت المسافة قريبة او بعيدة · فإن لم يحضره ، ظهرت مماطلة الكفيل ، فيحبس الى ان يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه ، بدلالة الحال او الشهود بذلك ، فيخرج من الحبس وينتظر الى وقت القدرة كالاعتبار بالدين · واذا اخرج ، فكذلك لا يحول بينه و بين الطالب ، كما اذا لم يحبسه اول مرة ·

ولو لم يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل . فلو ادعى الكفيل غيبته وانكر الطالب ، فالقول قول الطالب لتمسكه بالأصل ، وهو الحضور ، لأن الغيبة عارضة والبينة على الكفيل ، فاذا ثبتت الغيبة بالبينة او باعتراف الخصم وقال الطالب نعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرف ، فإن كانت له خرجة معروفة الى موضع معلوم للتجارة ، فالقول للطالب فيؤمر الكفيل بالذهاب اليه ، لأن الظاهر شاهد له والبينة على الكفيل انه لا يعرف مكانه . وهذه البينة وان قامت على النفي ، لكن المقصود فيها اثبات اسقاط المطالبة ، فتقبل .

وان لم يكن له خرجة كذلك ، فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل ، وهو الجهل ، ومنكر للزوم المطالبة . وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه ، لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان ، فلا يصدق في دعوى ما يسقطها . فإن اقام الطالب بينة انه في موضع كذا ، يؤمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتباراً للثابت بالبينة كالثابت بالعيان . فإن ابى الذهاب اليه حبسه للحال من غير امهال . وان كان فى الطريق عذر لا يؤاخذ الكفيل به وان ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب ، فإن كان الكفيل قادراً على رده بأن كان بيننا وبينهم موادعة انهم يردون الينا المرتد ، امر بالذهاب اليه واحضاره ، والا لا يؤاخذ به .

ثم في كل موضع قلنا بذهابه اليه فللطالب ان يستوثق بكفيل لئلا يتغيب الآخر . هذا خلاصة ما في الهندية والفتح والتبيين والبحر والدر وحواشيه .

واما ما في التنوير مما يفيد ان الكفيل يكلف لاقامة بينة على جهله بمكان الغيبة مطلقاً ، اي وان لم تكن له خرجة معروفة ، فهو غير محرر ، كما في رد المحتار . او هو جار على ما تقدم آنفاً من انه لا يلتفت الى قول الكفيل الخ . . . وهو الذي عبر عنه في الفتح بقيل ، وفي التبيين بقال بعضهم ، وذلك يفيد ضعفه ، فافهم .

﴿ تنبيه ﴾

قال في البحر والنهر : ولم ار ما لو برهنا ، اي الطالب على انك تعرف مكان الغيبة ، والكفيل على انه يجهله . وينبغي ان تقدم بينة الطالب لأن معها زيادة علم اه .

﴿ تتمة ﴾

ذكر في الخانية ان الكفيل بالنفس اذا كانت الكفالة حالّة له ان يمنع المكفول به عن السفر حتى يخرج عن عهدة الكفالة . وان كانت الكفالة مؤجلة ليس له ان يمنعه من الخروج قبل حلول الكفالة اه قال في البحر : ظاهره ان للكفيل ملازمة الأصيل اذا كانت حالّة وان لم يلازمه الطالب اه

= الفصل الثالث =

﴿ في بيان احكام الكفالة بالمال ﴾

المادة ٦٤٣ = ﴿ الكفيل ضامن ﴾

اطلقه فشمل ما اذا كان الأصيل مطالبًا به الآن او لا ، فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق باستهلاك او قرض ، ويطالب الكفيل الآن كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل ، فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل ، كما في التتارخانية .

وشمل كفالة المال عن الأصيل وعن الكفيل بأن كفل عن الكفيل كفيل آخر بما على الأصيل (رد المحتار)

وشمل ايضًا كل من عليه المال حرًا كان او عبدًا مأذونًا او محجورًا صبيًا او بالغًا رجلًا او امرأة مسلمًا او ذميًا . وكذا كل من له المال (بحر)

وشمل ايضًا كل مكفول به دينًا كثمن مبيع او عينًا مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع فاسدًا والمقبوض على سوم الشراء اذا بيّن ثمنه او فعلًا كتسليم المستعار وساير الأمانات (طحطاوي)

المادة ٦٤٤ = ﴿ الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الأصيل

وان شاء طالب الكفيل ومطالبته من احدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر وبعد مطالبة احدهما له ان يطالب الآخر وان يطالبهما معاً ❋

لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء ، الا اذا شرط في الكفالة برائة الأصيل فحينئذ لا يطالب الأصيل بناء على انها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة ، فتجري حينئذ احكام الحوالة . كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيها — بخلاف المالك المغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب او غاصب الغاصب ، اذا قضى عليه القاضي بذلك ، ليس له ان يضمن الآخر لأن اختياره تضمين احدهما ، اي ان قضي عليه ، يتضمن التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة ، بخلاف المطالبة عن الكفالة فإنها لا تقتضي التمليك ولو قضي عليه ، ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء (فتح)

المادة ٦٤٥ — ❋ لو كفل احدٌ المبالغ التي لزمت ذمة الكفيل بالمال حسب كفالته فللداين ان يطالب من شاء منهما ❋

كما له ان يطالبهما معاً وان يطالب الأصيل معهما ايضاً لأن الكفالة على الكفالة بأن يكفل الكفيلَ كفيلٌ آخر ، جايزة كما تقدم في المادة (٦٢٦) قال في البحر : ولا تبطل الكفالة الأولى بالثانية لأن الكفالة للتوثق والثانية تزيده ، بخلاف الحوالة بعد الحوالة فإنها تبطل الحوالة الاولى ، لأن الحوالة نقل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وهما لا يجتمعان اه .

وقدمنا في شرح المادة المذكورة ان كفيل الكفيل اذا ادّى المال للطالب لم يرجع به على الأصيل ، بل يرجع به على الكفيل . فإن ادى اليه رجع الأول على الأصيل لو الكفالة بالامر ، وتمامه هناك . ولا يخفى ان هذه المسئلة غير مسئلة تعدد الكفلاء المتقدمة في المادة (٦٢٧)

المادة ٦٤٦ ❋ عليهما دين لآخر من جهة واحدة وقد كفل كل منهما عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين ❋

كأن اشترى رجلان حماراً من آخر بثمن ، لما سيأتي في المادة (١١١٣) من ان كل واحد من المشتريين لا يطالب بحصة شريكه الآخر ما لم يكن كفيلا عنه . فاذا كفل كل منهما صاحبه كان مطالباً بحصته بالاصالة وبحصة صاحبه بالكفالة لكن ما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على حصته فيرجع بالزايد ، لما ذكرنا من ان كل واحد منهما في حصته اصيل وفي حصة صاحبه كفيل فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة ، اذ لا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الأول وضعف الثاني ، لأن الاول دين ومطالبة ، والثاني مطالبة ولا دين . ثم هو تابع فيقع الاداء عن الأول ، ولأنه لو جعل شيئاً من المؤدي عن صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كأدائي لأنك كنت نائباً عني فيه فإن جعلت شيئاً من المؤدي عني ورجعت علي بذلك فلي ان اجعل المؤدي عنك كما لو اديت بنفسي ، فيفضي الى التسلسل في الرجوعات بينهما ، فيمتنع الرجوع المؤدي اليه (افاده في البحر والفتح والتبيين ورد المحتار)

ثم ان تقييد الدين بكونه من جهة واحدة ، ليس شرطاً لكون كل من المتكافلين مطالباً بمجموع الدين ، لأن المطالبة ثابتة وان كان الدين مختلف الجهة . لكن ذكره لافادة امر آخر خارج عن منطوق المادة مترتب عليه وهو ما ذكرناه من انصراف المدفوع الى ما عليه بطريق الاصالة والرجوع بالزايد على صاحبه ، فكان فيه اشارة الى ان هذا الحكم انما يكون كما ذكرنا اذا اتحد دين الرجلين صفة وسبباً ،

فإن اختلفا صفة بأن كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالاً ، لا يكون الحكم كذلك ، بل اذا ادى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه ، وعلى عكسه يصح التعيين لكن لا يرجع الا بعد حلول الاجل ، لأن الكفيل اذا عجل ديناً مؤجلاً ليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل ولو اختلف سببهما نحو ان يكون ما على احدهما

قرضاً وما على الآخر ثمن مبيع ، فإنه يصح تعيين المؤدى ايضاً لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو ، كما في فتح القدير (رد المحتار) وقيد بكون كل كفيلا عن صاحبه احترازاً عما لو كفل احدهما صاحبه دون الآخر وادى الكفيل لجعله عن صاحبه ، فانه يصدق ، كما في التبيين ، لأنه وان كان فيه صرف ما اداه الى الدين الضعيف وهو ما وجب بحق الكفالة ، مع وجود الأقوى وهو ما وجب بحق الأصالة ، الا انه في الرجوع على صاحبه لا يلزم التسلسل في الرجوعات . والمسئلة الاولى ، وهي ما اذا كفل كل منهما الآخر معللة بالعلتين معاً ، تأمل . ثم ان كل مسئلة يكون للكفيل فيها الرجوع على صاحبه بما ادى عنه لا بد فيه من تقييد كون الكفاله بأمر الآخر ، والا فلا رجوع كما هو ظاهر .

المادة ٦٤٧ — ❋ لو كان لدين كفلاء متعددة فان كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين . ولكن لو كفل كل منهم المبلغ الذي لزم ذمة الآخر ففي هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين . مثلا لو كفل احد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضاً فللداين ان يطالب من شاء منهما . واما لو كفلا معاً يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور ، الا ان يكون قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزم ذمة الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالألف ❋

هذا ما يتعلق بهذه المسائل من حيث مطالبة الداين بدينه . واما ما يتعلق بها من حيث الرجوع بما يؤديه الكفيل المطالب ، فقد قال في الدرر : اذا كان على رجل الف درهم مثلاً فكفل عنه رجلان كل منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل

كل منهما عن صاحبه بما لزمه بالكفالة ، فما ادى احدهما يرجع بنصفه على شريكه ، ثم يرجعان على الأصيل — او رجع هو بالكل على الأصيل ، لأن ما عليهما مستويان بلا ترجيح ، اذ الكل كفالة ، فيكون المؤدي شائعاً بينهما فيرجع بنصفه على شريكه ، اذ لا يؤدي الى الدور يعني التسلسل في الرجوعات .

هذا اذا كفل كل منهما عن صاحبه بالجميع . واما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه ، فهي كما قبلها ، يعني كالمسئلة التي ذكرناها في شرح المادة (٦٤٦) السابقة ، وهي ما اذا كان عليهما دين وكفل كل منهما صاحبه حتى لا يرجع على شريكه ما لم يزد على النصف ، فيرجع بالزايد . وكذا لو كفلا عن الأصيل بالجميع معاً ثم كفل كل عن صاحبه ، لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الأصيل بالجميع . وكذا الحكم لو كفل كل به ، اي بالجميع ، متعاقباً ثم كفل كل عن صاحبه النصف لما ذكر اه .

والحاصل كما في الفتح والتبيين انه متى كانت الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة ، فاذا ادى احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان او كثيراً ، لان ما اداه وقع شائعاً عنهما ، اذ الكل كفالة ، ما عن نفسه وما عن المكفول ، فلا ترجيح للبعض على البعض ، فيقع النصف الاول عن نفسه ، فرجوعه بنصف ما ادى لا يؤدي الى الدور . ومتى كانت الكفالة بالبعض عن الاصيل او بالبعض عن الشريك ، فاذا ادى وقع ما اداه عن حصته فلا يرجع على شريكه ، حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزايد ، لما قدمناه في شرح المادة السابقة .

وفي الهندية : كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فادى احدهما ، برئوا جميعاً ولا يرجع احدهم على صاحبه بشيء . ولو كان كل واحد كفيلاً عن صاحبه بأمره فاداها احدهم ، رجع المؤدي عليهما بالثلثين ولصاحب المال ان يطالب كل واحد منهم بألف .

هذا اذا ظفر بالكفيلين . فان ظفر بأحدهما ، رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث كل واحد بالسدس ثم رجعوا جميعاً على الاصيل بالالف . فإن ظفر بالاصيل قبل ان يظفر بصاحبه ، رجع عليه بجميع الالف . قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : اذا اقر رجلان لرجل بألف درهم على ان يأخذ بهذا المال ايهما

شاء ، فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بأمره ، كذا في محيط السرخسي اه .

المادة ٦٤٨ – ❊ لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب حوالة ❊

المادة ٦٤٩ – ❊ الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة . فلو قال احد للمديون احلني بمالي عليك من الدين على فلان بشرط ان تكون ضامناً ايضاً فأحاله المديون على هذا الوجه فللطالب ان يأخذ طلبه ممن شاء ❊

فتنعقد الحوالة بلفظ الكفالة وتنعقد الكفالة بلفظ الحوالة ، اعتباراً للمعنى فيهما ، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، كما تقدم في المادة الثالثة ، فتجرى احكام الحوالة في الاولى ، وتجري احكام الكفالة في الثانية .

المادة ٦٥٠ – ❊ لو كفل احدٌ دين احد على ان يؤديه من المال المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال ❊

كما ان الحوالة تصح فيما لو اودع رجلاً الفاً ثم احال بها غريمه ، كما في الهداية ، ويأتي في المادة (٦٩٥)

ثم اذا كانت الكفالة بأذن المودع المكفول عنه ، لا يضمن الكفيل الوديعة ان لم يتعد والا فهو ضامن التعدي به بالتصرف بها بلا اذنه – ولا رجوع له بما دفعه ، حيث كانت الكفالة بلا امره . ونظير هذا في الحوالة ما في رد المحتار من انه رضي المحيل

في الحوالة ليس شرطاً لصحة الحوالة ، وانما هو شرط لرجوع المحال عليه على المحيل بما دفعه اذا لم يكن مديوناً له ، ولأجل سقوط الدين عنه اذا كان مديوناً له ، فتصح الحوالة بدون رضى المحيل . لكن لا رجوع ولا سقوط اه .

والكفالة مثل الحوالة ، لأن كلاً منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق ، الا ان الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة ، بخلاف الكفالة (ذكره في البحر)

وما ذكر في هذه المادة من صحة الكفالة وان كانت بغير امر المودع ، هو استحسان . والقياس ان لا تصح لأن ما اشترطه من دفع المكفول به من الوديعة غير مقدور عليه ، اذ لا ولاية له على مال غيره ، فهو كالكفالة بحمل دابة معينة . وبالقياس اخذ زفر ، كما في التتارخانيه .

والظاهر ان المسئلة موضوعها ما اذا كانت الوديعة مالاً من جنس الدين المكفول به ، كما يشير اليه قوله « ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال »

وعبارة الهندية عن المحيط : وفي المنتقى : لو ان هذا الضامن رد دراهم الوديعة على صاحبها او اخذها صاحبها منه ، فالمال على الضامن اه

وقوله « او اخذها صاحبها » اي برضى الكفيل ، فلا ينافيه ما يأتي عن الخلاصة من انه اذا غصبها رب الوديعة او غيره واستهلكها برأ الكفيل ، تنبه .

اما لو كانت الوديعة عيناً ليس من جنس الدين المكفول به ، فالظاهر ان الكفالة بلا اذن حينئذ لا تصح ، كما هو القياس ، لما في الهندية وغيرها : لو ضمن على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له ، فإن الضمان باطل اه اي لأنه عاجز عن ايفاء ما التزمه . اما لو كانت باذن المودع شارطاً ذلك عليه ، فتصح ويجبر على البيع واداء الدين المكفول به من ثمنه ، لقدرته على ذلك حينئذ . ونظير هذا ما لو قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ليؤدي المال من ثمنها ، صحت الحوالة والشرط — كما لو شرط المرتهن بيع الرهن اذا لم يؤد الراهن المال ، فإنه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك ، كما في رد المحتار وغيره ، ويأتي في المادة (٦٩٦) فليتدبر .

ثم رأيت في هامش نسختي الخلاصة ، ما نصه : وعبارة الظهيرية : ولو ان

رجلاً احتال بدين على ان يؤدي من ثمن دار المحيل، وقد كان المحيل امره بذلك حتى صارت الحوالة جايزة ، لا يجبر المحتال عليه على اعطاء المال قبل بيع الدار . وهل يجبر على البيع ،ان كان البيع مشروطاً في الحوالة ؟ يجبر عليه ، كما في الرهن اه

﴿ ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ولكن لو رد ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامناً . وسيتضح ذلك في باب الحوالة ﴾

قال في الخلاصة : واذا كفل رجل عن رجل بألف درهم على ان يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده ، جاز ، واذا امره بذلك لم يكن له ان يسترد الوديعة منه ، فإن هلكت بريء الكفيل ، والقول قول الكفيل انها هلكت فإن غصبها رب الوديعة او غيره واستهلكها برء الكفيل ، والقول قول الكفيل، وسيأتي في كتاب الحوالة اه .

وذكر في باب الحوالة : رجل احال رجلاً على رجل على ان يؤدي من الالف التي عنده وديعة له ، مقيدة بها فقال المودع ضاعت الوديعة بطلت الحوالة . ولو كانت الحوالة مقيدة بالغصب ، لا تبطل الحوالة اه ولا تنس ما قدمناه آنفاً عن الهندية معزياً للمحيط .

وفيها ايضاً ، عن الذخيرة : ولو ضمن عن رجل مالاً على ان يعطيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات العبد قبل ان يبيعه ، بطل الضمان عن الكفيل . وان باع العبد بماية درهم وهي قيمته والدين الف ، لم يلزمه من الضمان الاّ بقدر قيمة العبد اه

وانظر ما لو كان العبد للمكفول عنه وقد رده الكفيل اليه حتى صار ضامناً وهي مسئلة هذه المادة ، هل حكمه كذلك يعني انه يضمن بقدر قيمة العبد ؟ الظاهر نعم ، وإن لم ارَ احداً ذكره الآن ، وجزم به الشارح سليم باز ولم يعزه لأحد .

﴿ فروع ﴾

اذا ضمن على ان يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له ، فالضمان باطل . ولو ضمن على ان يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له ، فالضمان لازم (هندية) وفيها : ولو ضمن له الف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار يعني والدار له فلم يبعها ، لم يكن على الكفيل ضمان . ولو باع الدار بعبد ، لم يلزمه المال ولم يجبر على بيع

العبد في الضمان . فإن باع العبد بعد ذلك بدراهم ، فعليه ان يقضيه من تلك الدراهم استحساناً اه ملخصاً .

ومنها : ولو ان رجلاً كفل عن رجل بألف درهم بأمره على ان يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهناً ولم يشترط ذلك على الطالب ثم ان المكفول عنه ابى ان يدفع له العبد ، كان له ذلك ولا يتخير الكفيل بين ان يمضي في الكفالة وبين ان يفسخ ، وان لم يسلم له الشرط ، لأن هذا الشرط جرى بين الكفيل وبين المكفول عنه ولم يجر بينه و بين الطالب . فلو ثبت له الخيار اذا لم يسلم له الشرط ، لثبت له هذا الخيار من جهة المكفول عنه ، والمكفول عنه ليس له هذا الخيار — بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب بأن قال للطالب : اكفل لك هذا المال على ان يعطيني المطلوب بهذا المال عبده هذا رهناً فكفل على هذا الشرط فابى المطلوب ان يعطيه الرهن ، فان الكفيل يتخير بين ان يمضي في الكفالة و بين ان يفسخها ، لأن هناك ثبت له الخيار من جانب الطالب ، وللطالب هذا الخيار فان له ان يبرأه فيفسخ الكفالة وله ان لا يبرأه فتبقى الكفالة ، فجاز ان يثبت للكفيل هذا الخيار من جهة . و كذا اذا قال للمطلوب اكفل عنك بهذا المال على ان تعطيني كفيلاً ، لا يتخير الكفيل . ولو شرط على الطالب انه ان لم يعطني كفيلا بالمال فأنا بريء من الكفالة فلم يعطه كفيلاً ، فهو بريء اه .

المادة ٦٥١ — ❊ لو كفل احد آخر عن نفسه على ان يحضره في الوقت الفلاني وان لم يحضره في الوقت المذكور فعليه دينه فان لم يحضره في الوقت المعين يلزمه اداء ذلك الدين ❊

وان مات المكفول عنه . كذا في متن الملتقى ، ومثله في عامة المتون . قال في البحر : لأن الكفالة معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهو متعارف يصح تعليقها به . فاذا وجد الشرط ، لزمه المال ولا يبرأ عن كفالة النفس ، لأنها كانت ثابتة قبلها ولا تنافيها ، كما لو كفل بالنفس والمال جملة اه .

وفي الجوهرة : فان قلت : ما الفائدة في ذلك وقد حصل المقصود وهو ضمان المال ، قلنا: لجواز ان يكون عليه دين آخر اه وقول البحر :«وهو متعارف» يشير الى انه لو لم يكن متعارفاً لا يصح تعليق الكفالة به ، كما لو قال : ان وافيتك به غداً فعليّ ما عليه ، ثم وافى به ، لم يلزمه المال ، لأنه شرط لزومه ان احسن اليه ،وهو غير متعارف (ابو السعود) ولو اختلفا فقال الكفيل وافيتك به وقال الطالب لم توافني به ،فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل (كذا في الخانية)

وفي البزازية : وفيما اذا علق بعدم الموافاة ، لا يصدق الكفيل على الموافاة الا بحجة . وبيانه ما ذكره في نظم الفقه :قال الكفيل: دفعته اليك في اليوم المشروط وانكره الطالب ، فالأمر على ما كان في الابتداء ، ولا يمين على واحدمنهما،لأن كلاً منهما مدّعٍ ، الكفيل البراءة والطالب الوجوب ، ولا يمين على المدّعي عندنا (كذا في رد المحتار) فما عزاه الشارح سليم باز الى الخانية من انه عند عجز الكفيل عن الاثبات يحلف المكفول له ، فرية بلا مرية .

وقيّد في التنوير وعامة شروح الهداية والكنز والملتقى ضمان الكفيل عند عدم احضار المكفول به في الوقت المعين بأن يكون قادراً على احضاره . قال في البحر: فان عجز عن احضاره لمرض المكفول عنه او حبسه ، لا يلزمه المال الا اذا كان العجز لموت المطلوب او جنونه . وموت المطلوب وان ابطل الكفالة فانما هي في حق تسليمه الى الطالب، لا في المال اه .

وحرر في رد المحتار انه لو غاب المطلوب ولم يعلم مكانه فهو كما لو مرض او حبس . واطلقت عامة المتون لزوم المال بموت المطلوب فشمل ما اذا وقع الموت قبل حلول الأجل حتى لو كفل على انه ان لم يحضره غدا فعليه دينه فمات قبل الغد، يلزمه المال ، لكن قيّده في الفتح بما بعد الغد . قال في رد المحتار : وبهذا التقييد يزول اشكال المسئلة ، وهو ان شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة . ولا شك انه لا قدرة له على الموافاة بالمطلوب بعد موته . فاذا قيّد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله ، لأن فرض المسئلة عدم الموافاة به غداً . ورأيت في كافي الحاكم قيد بقوله « فمات المكفول به قبل الأجل ثم حل الاجل فالمال على الكفيل » فهذا مخالف لقول الفتح ، يعني بعد الغد اه ملخصاً .

وكذا نقل الداماد في شرح الملتقى عبارة الكافي وقال ان تقييد صاحب الفتح مخالف له ونقل في الهندية عن الظهيرية نظير ما في الكافي ·

وعبارة الفتاوي الانقروية ، نقلاً عن جواهر الفتاوي: رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه فمات المكفول عنه قبل مجيء الغد ، يلزمه المال اه وكذا ظاهر عبارة العلامة العيني في شرحه على الهداية يوافقه · وعليه فيبقى الاشكال بحاله وتقريره انه اذا كانت علة ضمان الكفيل هي عدم الموافاة بالمكفول عنه في الغد ، فهذه العلة كما تظهر عند العجز لموته تظهر عند العجز لمرضه او حبسه · وان كانت علته عدم الموافاة به مع القدرة عليها ، فهي عند العجز لموته اظهر منها عند العجز لمرضه او حبسه · ويمكن دفع الاشكال بأن العجز اذا كان لمرض او حبس فانما هو عن تسليم يمكن المكفول له من مخاصمته كما هو شرط صحة التسليم ، كما يأتي · فالكفيل في نفس الامر قد وفا بما شرطه ، وهو التسليم في الغد ، وان كان التسليم غير صحيح فلا يلزمه المال ، بخلاف العجز للموت · تأمل ·

وظاهر اطلاقهم عدم لزوم المال فيما اذا عجز لمرض او حبس ، لأن الكفالة بالمال بطل حكمها بمضي الغد · حتى لو نقه المريض او اطلق المحبوس ولم تسلمه ، لم يلزمه المال ايضاً ، لأن الكفالة بالمال معلقة على عدم التسليم غداً وقد مضى الغد ولم يلزمه المال مع عدم التسليم ، فتأمل وراجع · قال في الفتح : فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول عنه ، لأن شرط صحة الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي زائلة بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس ، فان الكفالة بالمال تبطل ولا يجب المال — اجيب بالفرق بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ الكفالة من كل وجه — بخلاف الانفساخ بالموت ، انما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد ، فيقتصر ، اذ لا ضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال اه ما في الفتح ·

ثم انما يلزم المال الكفيل اذا كان التسليم الذي علقت عليه الكفالة بالمال ، غير مقيد بالطلب · فلو كان مقيداً لا يلزمه شيء ، لما في البزازية : كفل بنفسه على انه متى طلبه به سلمه اليه ، فان لم يسلمه فعليه ما عليه ، ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز ، لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لم تصح ، فاذا لم تصح

المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال ، فلا يجب اه (افاده في البحر)

وهذا ، اي لزوم المال على الكفيل ، اذا مات المطلوب . اما اذا مات الطالب ، وهو المكفول له ، فالحكم ان وارثه يطلب من الكفيل احضار المكفول به في الوقت المعين . وان مضى الوقت طلب منه المال . واما لو مات الكفيل فقد ذكره بقوله .

﴿ واذا توفي الكفيل فان سلمت الورثة المكفول به في الوقت المعين او المكفول به سلم نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال . وان لم يسلم الورثة المكفول به او هو لم يسلم نفسه يلزم اداء المال من تركة الكفيل . ولو احضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له او تغيب راجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلا عنه ويسلمه ﴾

كما لو اشترى بالخيار فتوارى البائع ، او حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن ، او جعل امرها بيدها ان لم تصل نفقتها فتغيب ، فالمتأخرون على ان القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب في الكل ، وهو قول ابي يوسف (رد المحتار عن الخانية)

ولو لم يراجع الحاكم حتى مضى الوقت المشروط ، لزمه المال . وكذا يلزمه اذا لم يوافه لكن المدعي وجد المدعي عليه ولازمه حتى الليل . وكذا يلزمه لو شرط على الكفيل مكاناً فجاء الكفيل بالمكفول به في ذلك المكان وتغيب الطالب ، كما في البحر عن فروق الكرابيسي .

ثم قد علمت ان جنون المكفول عنه ، كموته من حيث لزوم المال الكفيل . بقي ما لو جن المكفول له او الكفيل — لم اره ، والظاهر ان وليهما يقوم مقامهما ، وليراجع .

وتصوير هذه المادة الكفالة بما عليه لبيان ان معلوميته ليست شرطاً لصحتها ، وقد تقدم التصريح بذلك في المادة (٦٣٠) قال في البحر : فاذا قال بما عليه فما ثبت بالبينه انه عليه لزمه . وكذلك لو قال الكفيل من نفسه : ان لم

اوافك بـه غدا فعلي ما اقر بـه المطلوب فلم يواف به غدا فأقر المطلوب ان له عليه خمسمائة ، كان الكفيل ضامناً لما اقر . وليس هذا كما لو قال ان لم اوافك به غداً فما ادعيت عليه فهو علي فلم يوافه به غداً فادعى الطالب عليه مالاً ، لا يلزمه المال . وكذا لو قال ان لم اوافك به غداً فما ادعيت به عليه فعلي فلم يواف به غداً فادعى الطالب عليه مالا ، لا يلزمه المال (كذا في فتاوي قاضيخان بعد مراجعة نسخة صحيحة) اه .

اقول : وقوله « لا يلزمه المال » معناه انه لا يلزم الكفيل ما يدعيه الطالب بمجرد دعواه ، بل لا بد للطالب من اقامة البينة عليه او اعتراف الكفيل به . وان اقر به المطلوب فاقراره انما ينفذ على نفسه ولا ينفذ على الكفيل ، كما صرح به في الخانية ، حيث قال : رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غداً فعليه ما ادعى به الطالب وادعى عليه الطالب الف درهم وصدقه المطلوب وجحدها الكفيل ، كان القول قول الكفيل مع اليمين على العلم اه وقدمنا المسئلة معللة في شرح المادة (٦٣٦) نقلاً عن الهندية ، فراجعها . وهذا كله اذا نسب المال المكفول به الى المطلوب بأن قال فعلي ما عليه . اما لو لم ينسبه اليه بأن قال ان لم اواف به غداً فعلي ماية دينار او المائة دينار ، فإن كان الطالب قبل الكفالة قد ادعى تلك المائة وبين وصفها انها رديئة او جيدة او وسط او اشرفية او نحو ذلك ، فالكفالة صحيحة اتفاقاً ، على التوجيه الذي اعتمده الكرخي لكلام محمد ، كما يأتي . واما على التوجيه الذي عول عليه الماتريدي ، فخلاف محمد ايضاً جار فيها ، كما في الزيلعي والشرنبلالية — والاً بان ادعى عليه مالاً ولم يبين مقداره ، او بين مقداره ولم يبين وصفه ، او قال لي عليك دعوى ولم يبينها فقال الكفيل بالنفس ان لم اوافك به غداً فعلي ماية ديناراو المائة دينار ، ففي صحة الكفالة حينئذ اختلاف .

قال محمد وابو يوسف اولا لا تلزمه ، وقال ابو حنيفة وابو يوسف آخراً تلزمه ، كما في الفتح ، قال : لمحمد وجهان ، احدهما انه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه ، وهو رشوة ، على ان يترك المطلوب في الحال ، فلا يصح التزام هذا المال — او كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل

ما يدعيه ، فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس .

الثاني ان الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعي به من غير بيان ، فلم يجب احضار النفس ، فلم تصح الكفالة بالنفس ، فلا تصح بالملل لأنه بناء عليه . واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية . وعلى هذا عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين . ولما ان العادة جرت بالاجمال في الدعاوي قبل الحضور الى مجلس القاضي ، احترازاً عن حيل الخصوم . ثم يقع البيان فيه فتصحح الدعوى على اعتبار البيان . فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها صحة الثانية .

وحاصل هذا انا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك المقدار ، فاذا ظهرت ظهر انه انما كفل للمدعي ، وهو الطالب به ، اي بما ادعاه الآن اه ملخصاً .

ثم قال : وفي الخلاصة : اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غداً فعليه الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء علي والطالب يدعي الفاً والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل ، فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الأول . وفي قوله الآخر ، وهو قول محمد ، لا شيء عليه . وهذا يقتضي ان الحاصل ان ابا حنيفة وحده . ويستفاد بهذا ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الأصيل اه .

قلت : نقل العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ما نصه : فاذا بين المدعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانه الى ابتداء الدعوى والملازمة ، فيظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعاً ويكون القول قوله في هذا البيان ، لأنه يدعي صحة الكفالة كمن كفل لرجل في غيبته فلما حضر الغائب قال انك اقررت لي بالكفالة في الحال التي كنت غائباً ، وقال الكفيل لا بل كان ذلك ابتداء كفالة في غيبتك ولم تصح ، فالقول فيه قول الغائب لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد ونقل مثله عن النهاية وعن معراج الدراية ، قال : وفي غاية البيان :

ويقبل قول المدعي انه اراد ذلك عند الدعوى لأنه يدعي الصحة اه وصرح به ايضاً في متن التنوير والنهج .

وما في الدر المختار تبعاً للدرر من ان القول للكفيل في البيان ، قد ردّه في العزمية وقال انه سهو ظاهر (دراية) لأن قولهم « لأنه يدعي الصحة » يشهد بذلك ، ورواية لما تقدم نقله من النصوص (افاده في رد المحتار)

وكذا ما نقله في الدر والبحر عن السراج مما يفيد اشتراط اقرار المدعى عليه بالمال ، قد ردّه في رد المحتار بقوله ان ما في السراج لا يعارض ما في مشاهير كتب المذهب التي ذكرناها وقال السايحاني الذي تحرر لي ان يحمل ما في السراج على قول محمد وقول ابي يوسف ثانياً اه وهو ظاهر اه .

اقول : ما حرره السايحاني غير محرر فضلاً عن ان يكون ظاهراً ، لأن عبارة السراج على ما في البحر هكذا : ادّعى على رجل الفاً فأنكره فقال له رجل ان لم اوافك به غدا فهو عليّ فلم يواف به غداً ، لا يلزمه شيء ، لأن المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها ايضاً فصار هذا مالاً معلقاً بخطر ، فلا يجوز اه وانت تعلم ان المسئلة التي فيها خلاف محمد موضوعها ان الكفيل قد كفل بمائة مثلاً ولم ينسبها الى المال المدعى به ، وظاهر كلام السراج بخلاف هذا ، كما ان التعليل الذي اتى به صاحب السراج مخالف للتوجيهين السابقين لكلام محمد ، فليتأمل .

وفي الهندية عن المحيط : اذا شرط في الكفالة بالنفس « ان لم اوافك به غداً فعليّ مائة درهم » ولم يقل « فعليّ المائة التي عليه » فلم يواف به غداً ، ينظر : ان اقر الكفيل ان له عليه مائة درهم وقد كفل عنه بذلك ، يصير كفيلاً ، وهذا ظاهر . وان قال الكفيل : لم يكن للطالب عليه شيء وكان هذا مني اقراراً للطالب بمائة درهم ، وقال الطالب كان لي عليه مائة درهم وقد كفلت لي عنه بذلك معلقاً بعدم الموافاة ، فالقياس ان لا يلزم الكفيل شيء ويكون القول قول الكفيل وبه اخذ محمد رحمه الله تعالى ، وهو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اولاً . وفي الاستحسان : لزم الكفيل المال ، وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وابي يوسف رحمه الله تعالى الآخر اه .

﴿ فروع ﴾

اذا قال ان لم اوافك به غداً فعليّ ماية درهم سوى المائة التي لك عليه ، فلم يوافه به غداً ، فهذه المسئلة لا تتأتى على قول محمد رحمه الله تعالى وانما تتأتى على قولهما . وقد اختلف المشايخ فيها على قولهما . قال بعضهم لا يصير كفيلاً عن غريم آخر ، ولا يلزمه المال اصلاً . وقال بعضهم يصير كفيلاً عن غريم (كذا في المحيط)

اذا قال : ان لم اوافك به فالماية درهم التي لك على فلان آخر عليّ ، فالكفالة الثانية جائزة بالاتفاق ان كان ذلك الرجل شريك المكفول بنفسه في الدين بأن كان الدين وجب عليهما بسبب واحد ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه . وان كان ذلك الرجل اجنبياً عن المكفول بنفسه ، فالكفالة الثانية جائزة في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، حتى لو لم يواف به غداً لزمه المال . وعلى قول محمد رحمه الله تعالى الكفالة الثانية باطلة — بخلاف ما اذا قال ان لم اوافك به غداً فالمال الذي لك عليه على فلان ، وفلان حاضر وقبل ، فأنه يجوز . واذا قال : ان لم اوافك به غداً فعليّ الماية درهم التي لك عليه والطالب يدّعي عليه ماية دينار لا ماية درهم فلم يواف به ، لا يلزمه المال بلا خلاف (كذا في الذخيرة)

اذا قال : ان لم اوافك به غداً فالمال الذي لفلان على فلان آخر عليّ ، لا تصح الكفالة الثانية . واذا قال ان لم اوافك به غداً فالمال الذي لفلان آخر على هذا المكفول عنه عليّ ، لا تصح الكفالة الثانية ، بلا خلاف . هكذا ذكر شيخ الاسلام .

ولذا قال : ان لم اواف به غداً فانا كفيل بنفس فلان وسمّى رجلاً آ للطالب عليه حق ، فالكفالة الثانية جائزة . حتى انه اذا لم يواف به غداً يصير كفيلاً بنفس الثاني كذا في المحيط (الكل من الهندية)

المادة ٦٥٢ = ﴿ ان كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل ايضاً يثبت معجلاً . وان كان موجلاً على

الأصيل في حق الكفيل ايضاً يثبت موجلاً ✵

لما في منية المفتي : فإن كفل ولم يذكر الأجل ، يجب على الكفيل كما وجب على الاصيل حالاً او موجلاً اه ·
وقوله « في الكفالة المطلقة » احتراز عن المقيدة ، كما سيأتي في المادة الآتية ·
وهذه المادة مكررة مع المادة (٦٣٥) فانظر ما كتبناه هناك ·

المادة ٦٥٣ — ✵ يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل او التأجيل ✵

حتى لو كفل بالحال موجلاً ، تأجل عنهما · اما عن الكفيل ، فظاهر · واما عن الاصيل ، فلأن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل — الا الدين ، فبالضرورة يتأجل عن الاصيل بتأجيل الكفيل · وهذا بخلاف ما لو كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل ، كما سيأتي في شرح المادة (٦٥٥) فإنه قد تقرر حكمها ، وهو المطالبة ، ثم جاء التأجيل عن الكفيل ، فينصرف الى ما تقرر عليه بها ، وهو المطالبة دون الدين ، كما في فتح القدير ·

✵ تنبيـــه ✵

قولهم : « كفل بالحال موجلاً ، تأجل عنهما » يستثنى منه ما اذا اضاف الكفيل الاجل الى نفسه بأن قال اجلني ، او شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل كما ذكره في الهندية ، ونقل (ط) عبارتها ·
ويستثنى ايضاً ما لو كفل بالقرض موجلاً الى سنة مثلاً ، فهو على الكفيل الى الأجل ، وعلى الأصيل حال ، كما في البحر عن التتارخانية معزياً الى الذخيرة والضيائية · ثم نقل خلافه عن تلخيص الجامع للحصيري من شموله للقرض ، وان

هذا هو الحيلة في تأجيل القرض . قلت : لكن رده العلامة الطرسوسي في انفع الوسائل وصرح الحاكم الشهيد في الكافي بأن القرض لا يتأخر عن الأصيل ، وكفى به حجة (كذا في رد المحتار ملخصاً)

﴿ تتمة ﴾

ذكر الزيلعي في التبيين: اذا اقر انه كفيل بدين عن فلان وادعى الأجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الأجل : كان القول قول المقر ، لأنه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر ، والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال ، وهو منكر ، فكان القول قوله — بخلاف ما لو اقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل ، حيث يكون القول فيه قول المقر له لأن المقر اقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه ، وهو الأجل ، فلا يقبل قوله بلا بينة . ولأن الأجل في الكفالة نوعٌ حتى يثبت فيها من غير شرط بأن كان الدين مؤجلاً على الأصيل ، وفي الدين عارضٌ حتى لا يثبت الا بشرط ، فكان القول لمن ينكر العوارض . وفي النوع القول للمقر لأنه صفة للدين اه

ثم قال : والحيلة فيما اذا كان عليه دين اي مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر ، والمؤاخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حالٌ ام مؤجل ؟ فإن قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال . وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه . وقيل من عليه الدين مؤجلاً اذا انكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد اتواء حقه اي اهلاكه اه . ولم يذكر امر حلفه لو استحلف . والظاهر ان له ذلك لان الاذن له بالانكار ، اذنٌ بالحلف . ولا يخفى ان ليس للنفي في الحال الا لقرينة على خلافه فإذا حلف وقال ليس لك عليَّ حق اي في الحال ، فهو صادق (افاده في رد المحتار)

المادة — ٦٥٤ — ﴿ كما تصح الكفالة مؤجلة بالمدة المعلومة التي اجل بها الدين كذلك تصح مؤجلة بمدة ازيد من تلك المدة ايضاً ﴾

فلو كان الدين موجلاً على الأصيل لشهر فكفله موجلاً لشهرين ، صح وتأجل على الكفيل لشهرين . وانظر هل يتأجل على الأصيل ايضاً لشهرين ، كما قالوا فيما لو كفل بالدين الحال موجلاً انه يتأجل عليهما ؟ — لم اره الآن ، والظاهر نعم ، لأن العلة المذكورة هناك تظهر هنا ، وليراجع .

المادة ٦٥٥ — ❊ لو اجل الداين دينه في حق الأصيل يكون موجلا في حق الكفيل و كفيل الكفيل ايضاً والتأجيل في حق الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني ايضاً . واما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل ❊

موضوع هذه المادة ان الكفالة كانت ثابتة قبل التأجيل ثم طرأ بعدها التأجيل ، بخلاف المادتين قبلها . وانما كان التأجيل في حق الاصيل تأجيلا في حق الكفيل و كفيل الكفيل ، و كذا التأجيل في حق الكفيل تأجيلٌ في حق كفيله ، لأن ثبوت مطالبة الكفيل بالدين فرعٌ عن ثبوت مطالبة الاصيل . ويلزم من سقوط الأصل سقوط الفرع كما افادته المادة (٥٠) بخلاف العكس وهو تأجيل الكفيل ، فأنه لا يوجب تأجيل الأصيل ، لأن الأصل لا يتبع الفرع ، والا لانقلب الموضوع . وهذا كأبراء الطالب الأصيل من الدين فأنه يلزم منه برائة الكفيل ، بخلاف العكس ، كما يأتي في المادة (٦٦١) وما يليها .

واما ما قدمناه من انه لو كفل بالدين الحال موجلاً تأجل عنهما ، فليس ذلك بطريق التبعيّة بل بطريق الأصالة للضرورة ، وهي ان الكفالة لم تكن ثابتةً حين التأجيل ، فانصرف التأجيل الى الدين الثابت في ذمة الأصيل كما تقدم .

واعلم ان تأجيل كل واحد من الاصيل او الكفيل يتوقف على قبوله ويرتد بردّه . فإن اجل الطالب دينه ولم يقبل الكفيل او الأصيل ، فالمال حالٌ

يطالبان به للحال . وسيأتي له زيادة ايضاح في شرح المادة (٦٦٠)

المادة ٦٥٦ – ﴿ المديون مؤجلا لو اراد السفر الى ديار اخرى قبل حلول الأجل وراجع الداين الحاكم وطلب كفيلا يكون المديون مجبوراً على اعطاء الكفيل ﴾

هذا احد اقوال ثلاثة اختاره في المنتقى ورجحه صاحب المحيط وحسام الدين الشهيد وفي المجتبية . ثانيها ما في الاقضية انه ليس للداين مطالبة بأعطاء الكفيل وان قرب حلول الأجل . والثالث ما في القنية من التفصيل بأنه ان عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل ، والا فلا . واختارت المجلة ما في المنتقى حفظاً لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصاً في هذا الزمان .

وفي البحر عن الظهيرية : قالت : زوجي يريد ان يغيب فخذ بالنفقة كفيلاً ، لا يجيبها الحاكم الى ذلك ، لأنها لم تجب بعد . واستحسن الأمام الثاني أخذ الكفيل رفقاً بها ، وعليه الفتوى . ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه اه .

وفيه عن المحيط ، بعد ما مرّ عن ابي يوسف : لو افتى بقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل ، كان حسناً رفقاً بالناس اه .

قال : وفي شرح المنظومة لأبن الشحنة : هذا ترجيح من صاحب المحيط اه وفي البيري عن خزانة الفتاوي : يأخذ كفيلا او رهناً بحقه وان كان ظاهر المذهب عدمه ، لكن المصلحة في هذا لما ظهر من التعنت والجور في الناس اه وبه افتي المفتي ابو السعود في معروضاته . وتمامه في رد المحتار .

المادة ٦٥٧ – ﴿ لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني الذي هو لفلان فبعد ان كفل وادى عوضاً بدل الدين بحسب كفالته لو اراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدي .

واما لو صالح الداين على مقدار من الدين فأنه يرجع ببدل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين . مثلا لو كفل بالمسكوكات الخالصة وادى مغشوشة يأخذ من الأصيل مسكوكات خالصة . وبالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشة وادى خالصة يأخذ من الأصيل مغشوشة . كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم واداها صلحاً باعطاء بعض اشياء يأخذ من الاصيل المقدار الذي كفله من الدراهم . واما لو كفل بألف قرش وادى خمساية صلحاً رجع على الأصيل بخمساية ❊

قد افادت هذه المادة عدة فوايد . الاولى ان رجوع الكفيل على المطلوب بما دفعه للداين مشروط بأن تكون الكفالة بأمر ، كما يشير اليه قوله لو قال احد لآخر اكفلني الخ . وهذا اعم من ان يكون الأمر حقيقة كما مثل ، او حكماً كما اذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الأب واخذ من تركته ، كان للورثة الرجوع في نصيب الابن . لأنه كفالة بامر الصبي حكما لثبوت الولاية — بخلاف ما اذا ادى الاب بنفسه ، فانه ان اشهد رجع ، والا فلا ، لاحتمال انه ادى تبرعاً ، كما هو العادة . بخلاف ما اذا اشهد ، فإن الصريح يفوق الدلالة . وكما لو جحد الكفالة فبرهن المدعي عليها بالامر وقضي على الكفيل فأدى ، فانه يرجع وان كان متناقضاً ، لكونه صار مكذباً شرعاً بالقضاء عليه . ثم ان اجازة المطلوب الكفالة قبل قبول الطالب ، بمنزلة الامر بالكفالة ، كما في الدر المنتقى والخانية وغيرها (افاده في البحر والدر وحواشيه)

وفي كون الاجازة قبل قبول الطالب بمنزلة الامر كلام سنذكره قريباً في التنبيه الآتي .

وافاد في رد المحتار وغيره انه لا بد من تقييد الرجوع بالامر بقيدين : الاول

ان يكون الآمر ممن يجوز اقراره على نفسه ، فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين اذا ادى كفيلهما بالامر لعدم صحته منهما ، ولكن يرجع على العبد بعد عتقه . واما الصبي فلا رجوع عليه مطلقاً ولو تكفل الكفيل باذن وليه ، بخلاف المأذون فيهما ، لصحة امره وان لم يكن اهلا لها .

الثاني ان يدفع الكفيل ما وجب دفعه على الاصيل . فلو كفل عن المستاجر بالاجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب ، لا رجوع له على الاصيل قبل حلول الاجل . ونظيره ما لو ادى المال الى الداين بعد ما ادى الاصيل ولم يعلم به ، لا يرجع به لانه شيء حكمي فلا فرق فيه بين العلم والجهل كعزل الوكيل — اي بل يرجع على الداين . قلت : وقدمنا في شرح المادة (٦٤٦) ان الكفيل اذا عجل ديناً موءجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل .

الفائدة الثانية التي افادتها هذه المادة انه لا بد للرجوع من ان تكون الكفالة بأمر نفس المطلوب . يشير اليه قوله « اكفلني الخ » فلو امر رجلا ان يكفل عن فلان لفلان فكفل وادّى ، لم يرجع على الآمر كما في نور العين (رد المحتار)

الفائدة الثالثة ان الامر انما يعتبر اذا اضاف الآمر الدين الى نفسه ، كأن يقول اضمن له الف درهم عني او عليّ . يشير اليه قوله عن ديني الذي هو لفلان . فلو قال له اضمن له الف درهم ولم يقل عني او هي له عليّ ونحوه ، فعندهما لا يرجع الا اذا كان خليطاً . وهي رواية الاصل . وعند ابي يوسف يرجع مطلقاً .

واما ما في الفتح من قوله: «فلو قال اضمن الالف التي لفلان عليّ لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد ليرجع او لطلب التبرع فلا يلزم المال ، وان هذا قول ابي حنيفة ومحمد » فإن هذا رواية المجرد عن ابي حنيفة . وقد جزم في الولوالجية وغيرها بالرجوع . وانما حكي الخلاف في نحو اضمن له الف درهم ولم يقل عني او هي عليّ ونحوه . واجمعوا على ان المأمور لو كان خليطاً ، رجع . وان لم يقل له الآمر عني او التي هي عليّ .

والخليط هو الذي في عيال الآمر من والد او ولد او زوجة او اجير وكذا الشريك شركة عنان ، والذي يأخذ منه و يعطيه ويداينه ويضع عنده المال ، فالكل يعطى لهم حكم الخليط (افاده في البحر والدر وحواشيه) وسيأتي تمامه

في شرح المادة (١٥٠٦)

الفائدة الرابعة ان قول عامة المتون « فإن كفل بأمره رجع بما ادّى » معناه إذا ادّى ما ضمنه . اما اذا ادّى خلافه فانما يرجع بما ضمن لا بما ادّى .
قال في فتح القدير : حتى لو كان الدين زيوفاً فادى عنها جياداً ، فانما يرجع بالزيوف . او كان الدين جياداً فادّى زيوفاً وتجوز الطالب بها ، يرجع بالجياد — بخلاف المأمور باداء الدين ، فإنه يرجع بما ادى . فلو كان الدين جياداً فادى زيوفاً يرجع بالزيوف . ولو كان زيوفاً فأدى جياداً رجع بالزيوف ايضاً ، لأن رجوعه بحكم الأمر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفاً تحت الأمر .

اما الكفيل فأنما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بصفة الدين ، فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالأرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فأنما له عليه عينه . وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدّق به عليه فأنه يملكه و يطالب المكفول عنه بعينه .

فأن قيل : ينبغي ان لا يصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار ، اجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا يجوز اذا لم يأذن للغير بقبضه . فأذا وهب الدين من آخر واذن له بقبضه ، جاز استحساناً . وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء . بخلاف المأمور بأداء الدين ، فأنه يرجع بما ادّى لأنه لم يملك الدين بالأداء كما ذكرنا قريباً :

وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسماية ، حيث يرجع بما ادّى وهو الخمسماية ، لا بما ضمن وهو الالف ، لانه اسقاط او هو ابراء عن بعض الدين ، فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل ، فصار كما اذا ابرأ الكفيل عن خمسماية لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسماية اه ملخصاً وتمامه فيه .

وقوله « حيث يرجع بما ادى وهو الخمسماية الخ » قال الزيلعي : الا اذا صالحه على ان يهبه الباقي ففعل ، فحينئذ يرجع عليه بجميعه ، لانه ملك الدين كله ، بعضه بالاداء وبعضه بالهبة اه .

﴿ تنبيهان ﴾

الاول: ما قدمناه آنفاً عن الدر والمنتقى والخانية من ان اجازة المطلوب الكفالة قبل قبول الطالب بمنزلة الامر بالكفالة . وكذا ما ذكره في الدر المختار عن العادية من انه لا رجوع للكفيل بلا امر، الا اذا اجاز، يعني المطلوب في المجلس، فيرجع . وقال في حاشية رد المحتار: اي اجاز قبل قبول الطالب . فلو كفل بحضرتهما بلا امره فرضي المطلوب اولاً، رجع . ولو رضي الطالب اولا، لا، لتمام العقد به، فلا يتغير (قهستاني عن الخانية)

وعلل في البحر عدم اعتبار الاجازة اذناً بعد المجلس بأن الكفالة لزمته ونفذت عليه بغير امر غير موجبة للرجوع، فلا تنقلب موجبة للرجوع اه ومثله في الفتح وغيره .

فجميع ما ذكر انما يظهر على القول الذي مشت عليه المتون، وهو ان الكفالة لا تتم الا بايجاب من الكفيل وقبول من الطالب . اما على ما اختارته المجلة في المادة (٦٢١) وهو قول ابي يوسف من انها تنعقد وتنفذ بايجاب الكفيل فقط، فلا يظهر، لأن تمام العقد قد حصل بالايجاب . وعليه فالظاهر من التعليل السابق ان اجازة المطلوب لا حكم لها، فلا تكون اذناً للكفيل موجباً للرجوع، بلا فرق بين حصولها قبل قبول الطالب او بعده، فليتنبه لذلك .

الثاني : الكفيل بلا امر انما لا يرجع على المطلوب بما دفعه اذا لم يهب له الطالب الدين . فحيلة من كان كفيلاً بالنفس ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع الي مالي على المكفول به حتى تبرأ عن الكفالة فاراد ان يدفعه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب، ان يدفع مقدار الدين للطالب ويهبه الطالب ماله على المطلوب ويوكله بقبضه، فيكون له حق المطالبة . وكذا من كان كفيلا بلا امر يهبه الطالب ما له على المطلوب . ولا حاجة هنا الى التوكيل بالقبض لان عقد الكفالة بالمال يتضمن الاذن بالقبض عند الاداء، وان كانت الكفالة بدون اذن، على ما استظهره في رد المحتار — بخلاف الكفالة بالنفس فيحتاج فيه الى التوكيل بالقبض، اذ لا تصح الهبة بدونه . لكن لا بد من ان تكون الهبة سابقة على اداء الكفيل في

المستلنين ، كما في رد المحتار ، او يكون الكفيل قد دفع قدر الدين من غير تعرض لكونه دين الاصيل ، اي بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة كما ذكره(ط) — والا كانت هبة دين سقط بالاداء فلا تصح . وتورك الفاضل الاول على الفاضل الثاني هنا لم يظهر لي وجهه ، فليراجع .

﴿ تتمة ﴾

قد ذكروا في بحث الحبس من كتاب القضاء ان المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والاصيل و كفيل الكفيل وان كثروا . واطبقت المتون ان الكفيل ليس له ان يطالب الاصيل بالمال قبل ان يؤدي الكفيل عنه . وعللوا ذلك بأن تملك الكفيل الدين انما يثبت له بالاداء ، لا قبله ، فلا رجوع له قبل التملك . لكن ان لوزم الكفيل ، لازم هو الاصيل ايضاً حتى يخلصه . واذا حبسه الطالب، حبس هو الاصيل . قال في الدر : هذا اذا كفل بأمره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله، والا فلا ملازمة ولا حبس اه قال (ط) وقيده في البحر ايضاً بما اذا كان المال حالاً على الاصيل كالكفيل ، والا فليس له ملازمة اه .

وافاد في رد المحتار ان الشرنبلالي قيد الاول ، وهو قولهم ان للطالب حبس الكفيل ، بما اذا لم يكن المطلوب من اصول الطالب . فلو كان اباه مثلا ليس له حبس الكفيل ، لما يلزم من فعل ذلك بالمطلوب ، وهو ممتنع — اي لانه لا يحبس الاصل بدين فرعه ، واذا امتنع اللازم امتنع الملزوم . وان ما ذكره الخير الرملي تفقهاً مما يفيد ان للطالب الذي هو فرع المكفول حبس الكفيل الاجنبي ، واذا حبسه فله اي للكفيل حبس المكفول الذي هو اصل الداين، معللاً بأنه انما حبس بحق الكفيل ، فلم يدخل في قولهم « لا يحبس اصل في دين فرعه » لانه انما حبسه اجنبي فيما ثبت له اه، مردود بأن المطلوب انما يحبس بدين الطالب حقيقة ، لما علمت من ان الكفيل لا يملك الدين قبل الاداء، فبقي الدين للطالب فيلزم المحذور، وهو حبس الأصل بدين فرعه . وان كان الحابس له مباشرة غير الفرع اه وافاد في رد المحتار ايضاً ان القهستاني استثنى من الثاني، وهو قولهم للكفيل حبس المكفول اذا حبسه الطالب ، ما اذا كان الكفيل كفيلاً عن احد الأبوين او الجدين،

فأنه ان حبس لم يحبسه ، لكونه اصله اه — اقول : لكن يعكر على هذا ما تقدم من ان الكفيل لا يملك الدين قبل الاداء . فلو حبس المطلوب الذي هو اصل للكفيل لكان محبوساً بدين الاجنبي ، وهو الداين ، لا بدين فرعه الكفيل ، فليتأمل .

ثم اعلم انه قد اتفقت كلمة المتون على ان الأصيل لو دفع المال لكفيله قبل ان يدفع الكفيل للطالب ، فليس له ان يسترده منه وان لم يعطه للطالب . زاد في الدر عن البحر انه لو نهي الكفيل عن دفعه للطالب ، لا يعمل نهيه . وعلل المسئلة في الهداية وغيرها بأنه قد تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين ، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال — كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي اه قال في مجمع الانهر : وانما ينقطع هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه . فاذا ادي بنفسه ، يسترد من الكفيل ما اخذه اه اي ويعمل نهيه اذا نهاه عن الدفع ، كما في الدر .

وهذا كله اذا كان الكفيل كفيلاً بالأمر ، والاّ فأن كانت الكفالة بلا امر ، ملك الأصيل الاسترداد وعمل النهي ، كما في عامة الشروح . قالوا: وهذا اعمّ من ان يكون الكفيل قد ملك المال المدفوع له بالقبض بأن يكون الأصيل قد دفع له المال على وجه القضاء ، كأن يقول له اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فأنا اقضيك المال قبل ان تؤديه . وكذا لو اطلق حين الدفع ولم يقل قضاء ولا بجهة الرسالة ، فأنه يقع عن القضاء ، كما في الشرنبلالية عن القنية ، او لم يملكه بأن يكون الأصيل قد دفع له على وجه الرسالة ، كأن يقول له خذ هذا المال واعط الطالب ، فأنه اذا كان على وجه القضاء فقد ملكه بالقبض ، وحيث ملكه فلا يملك الأصيل استرداده . ان كان على وجه الرسالة فهو وان لم يملكه بالقبض لتمحضه امانة في يده ، لكنه تعلق به حقه على احتمال قضائه الدين ، كما تقدم آنفاً عن الهداية ، فلا يملك الاسترداد ايضاً ، فلا فرق بين ما اذا كان الدفع على وجه القضاء و بين ما اذا كان على وجه الرسالة ، الاّ من حيث ان الكفيل يملك المال بقبضه من الأصيل في الأول ، ولا يملكه في الثاني .

وفرعوا على هذا ان الكفيل لو ربح في هذا المال يكون الربح حلالاً طيباً له ان كان الدفع على وجه القضاء ، ولا عليه ان يتصدّق به لأنه نماء ملكه ، بلا فرق بين ان يقضي هو الدين او يقضيه الأصيل . وان كان الدفع على وجه الرسالة ،

لا يطيب له الربح على قولها ، و يطيب عند ابي يوسف ، كمن غصب من انسان وربح فيه يتصدق بالربح عندهما ، لأنه استفاده من اصل خبيث . ويطيب له عنده ، مستدلاً بحديث الخراج بالضمان ، كما في الفتح .

وهذا الذي ذكرناه هو ما اقتضاه اطلاق عامة المتون وصرح به عامة الشراح ، كالزيلعي والفتح والعيني والبحر والنهر و كافي النسفي والكفاية والعناية والمعراج والدرر وشروح الملتقى وغيرها . نعم نقل العلامة الطحطاوي عن غاية البيان ان له الاسترداد ، لكنه مخالف لعامة المعتبرات ، فلا يلتفت اليه .

واما ما ذكره في رد المحتار من انه قد اشار في كافي الحاكم الشهيد الى ما ذكره في غاية البيان من انه يملك الاسترداد اذا كان الدفع على وجه الرسالة ، و كذا اشار اليه في الهداية وقال وهو المتبادر ايضاً مما في المتون من ان الربح يطيب له ، ففيه ان غاية ما ذكره هؤلاء انهم عللوا عدم طيب الربح فيما اذا كان الدفع على وجه الرسالة ، بكون المدفوع امانة في يد الكفيل ، وهذا لا يلزم منه ان يملك الدافع استرداده ، لما علمت من انه تعلق به حق القابض ، كمن عجل الزكاة قبل الحول ، فإنه لا يملك استرداده لتعلق حق القابض به على احتمال ان يتم الحول والنصاب قائم ، كما في الفتح — وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترده قبل نقض البيع ، ليس له ذلك ، لأن الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة وثمناً عند مضي الحول ومضي مدة الخيار . فما دام هذا الاحتمال قائماً ، لا يسترد ، كما في الزيلعي .

وقد قال في مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ما نصه: واما ما قاله الفاضل المعروف بابن الشيخ في شرح الوقاية من انه لو دفع على وجه الرسالة فله ان يسترد لأنه محض امانة في يده ، مخالف لأكثر المعتبرات ، كما لا يخفى اه

اقول : و كيف يكون تعليلهم المذكور فيه اشارة الى ما ذكر وقد صرح المعللون بخلافه ، فافهم .

هذا وما ذكره الشارح سليم باز من ان دفع الأصيل للكفيل ان كان قبل حلول الأجل فله ان يسترده منه مطلقاً ، لم اره لغيره ولا مستند له فيه ، وهو مخالف لأطلاق المتون والشروح . بل ذكر في الفتح ما يشير الى رده ، حيث

قال في تعليل حل الربح للكفيل : لأنه ، اي الكفيل ، وجب له بمجرد الكفالة بالأمر على الأصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل ، وهو المطالبة . لكن اخرت مطالبة الكفيل الى ادائه فنزل ما للكفيل على الاصيل بمنزلة الدين المؤجل ، لو عجل المديون الدين المؤجل يملكه الداين بالقبض اه اي فلا يملك استرداده ، فتنبه .

نعم نقل في رد المحتار عن محشي مسكين ان عدم الاسترداد مقيد بما اذا لم يؤخره الطالب عن الأصيل او الكفيل ، فإن اخره له ان يسترده اه قال في رد المحتار : لكن قوله « او الكفيل » لم يظهر لي وجهه ، تأمل اه فإن كان الشارح سليم باز قد قاس مسئلته على هذه فقد اخطأ ، لأنه ليس من اهل القياس . على انه عند التأمل قياس مع الفارق ، فليتأمل . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل .

المادة ٦٥٨ — ✻ لو غرّ احد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره . مثلاً لو اشترى احد عرصة وبنى عليها ثم استحقت ، اخذ المشتري من البايع ثمن الارض مع قيمة البناء حين التسليم . كذلك لو قال احد لاهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فأني اذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي ✻

اعلم ان الغرور لا يوجب الرجوع فلو قال اسلك هذا الطريق فسلكه فأخذه اللصوص ، او قال كل هذا الطعام فأنه ليس بمسموم فأكله ومات ، لم يضمن . وكذا لو اخبره رجل انها حرة فتزوجها ثم ظهر انها مملوكة ، فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر .

واستثنوا من ذلك اربع مسايل : احداها ما في هذه المادة ، وهو ان يكون الغرور في ضمن عقد معاوضة كبيع صحيح او فاسد . واخرج بـه عقود التبرعات

كالهبة والصدقة ، فأن الغرور لا يوجب الرجوع فيهما . وكذا اخرج الرهن لأنه عقد وثيقة لأستيفاء عين حق ، لا عقد معاوضة . وفي البيرى عن المبسوط ان الغرور في عقد المعاوضات يثبت الرجوع لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب ، ولا عيب فوق الأستحقاق . فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لا يستحق الموهوب بصفة السلامة اه فلو بنى مشتري العرصة فيها بناء ثم استحقت ، فكما يسوغ له الرجوع بقيمة العرصة يسوغ له الرجوع ايضاً بقيمة البناء بعد ان يسلمه ، اي البناء ، للبائع . وفي هذا قيود وتفصيلات ذكرناها في مسايل الاستحقاق من التذنيب الذى الحقناه آخر كتاب البيوع من هذا الشرح ، فلتراجع .

وكذا لو قال لأهل السوق بايعوا ابني فلاناً او ابنى هذا فقد اذنت له في التجارة فظهرانه ابن غيره ، فإن اهل السوق يرجعون عليه فيما يثبت لهم عليه . وهذا الرجوع شرطه شيئان : ان يضيف الابن الى نفسه ، وان يأمرهم بمبايعته . والافلا رجوع . فأن قيل ان التغرير لم يوجد في ضمن عقد المعاوضة هنا ، قلنا انه بقوله «بايعوا ابني الخ» يجعل ضامناً للدرك فيما يثبت لهم على الأبن في عقد المبايعة دفعاً للغرور عن الناس ، فحصل التغرير في هذا العقد ، اي عقد مبايعة الناس له .

ومما في ضمن عقد المعاوضة ما في الدرر : لو قال الطحان ، اي طحان الماء : اجعل الحنطة فى الدلو فجعلها فيه فذهب ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالماً به ، يضمن ، لانه صار غاراً في ضمن العقد اى عقد الاجارة .

المسئلة الثانية من المسايل الاربعة المستثناة ان يكون الغرور في قبض يعود نفعه الى الدافع ، كوديعة واجارة . فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر للمستحق ، فانهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، لأن الدافع قد غرّ المودع او المستاجر حيث اودعه او آجره ملكه ومنفعة القبض باستحقاق الاجرة وحفظ الوديعة عايدة عليه . وكذا ما كان بمعنى الوديعة والاجارة ، كرب المال في المضاربة واحد الشريكين في الشركة — بخلاف ما اذا كان منفعة القبض فيه عائدة للقابض ، كالعارية والهبة ، فانه لا رجوع للمستعير والموهوب له اذ قبض كل منهما كان لنفسه ومنفعته عايدة عليه .

الثالثة : ان يكون الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على انها حرة وهو وليها

او وكيل عنها ثم استحقت بعد ان استولدها ، فإنه يرجع على المخبر بما ضمنه من قيمة الولد - بخلاف ما اذا أخبره بأنها حرّة فتزوجها ، كما مرّ آنفاً ٠

الرابعة : ان يضمن الغارّ صفة السلامه للمغروز نصاً ، كما لو قال اسلك هذا الطريق فأنه آمن وان اخذ مالك فأنا ضامن ، فإنه يضمن . هذا حاصل ما في الدر وحواشي (ط) وبن عابدين والأشباه وشروحها ٠

وقدمنا اواخر شرح المادة (٦٢٩) ان الضمان في هذه المسئلة ليس من حيث صحة الكفالة حتى يرد ان الكفالة المعلقة مع جهالة المكفول عنه غير صحيحة ، بل من حيث انه غرّه والغرور يوجب الرجوع اذا كان بالشرط ، وعلى فرض ان ضمان الغرور في الحقيقة هو ضمان الكفالة ، نقول انهم اجازوا الضمان في هذه المسئلة مع جهالة المكفول عنه ، زجراً له عن هذا الفعل ، كما في تضمين الساعي اه٠

= الباب الثالث =

﴿ في البرائة من الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في بيان بعض الضوابط العمومية ﴾

المادة ٦٥٩ = ﴿ لو سلم المكفول به من طرف الأصيل او الكفيل الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة ﴾

سواء كان المكفول به نفساً او مالاً وان لم يقل الكفيل حين الكفالة اذا دفعته اليك فأنا بريء ، لأن موجب التسليم البرائة فتثبت به وان لم ينص عليها (ز يلعي) وفي البحر اطلقه فشمل ما اذا قال سلمته اليك بحكم الكفالة اولا ٠ وهذا

اذا كان التسليم بعد ان طالبه به المكفول له . واما اذا لم يطلبه ، فلا بد ان يقول ذلك . واذا اقر الطالب بقبض المكفول به ، برأ الكفيل ولا يحتاج فيه الى النص ، لان الظاهر ان لا يقر الا باستيفاء حقه . ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فأبى ان يقبله اجبر على قبوله بمعنى انه ينزل قابضاً ، كالغاصب اذا رد العين والمديون اذا دفع الدين ، بخلاف ما اذا سلمه فضولي ، اي غير مأمور بذلك .

وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله اليه ، لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه ان يسلم نفسه . فاذا سلم فقد حصل المقصود ، فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك . ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله . لكن شرط براءته ان يقول كل واحد من هؤلاء « سلمت اليك بحكم الكفالة » .

ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير امر الكفيل وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل ، فان قبله الطالب برأ الكفيل . وان سكت الطالب ولم يقل قبلت ، لم يبرأ الكفيل (زيلعي)

وفي البحر اطلقه يعني المكفول له فشمل ما اذا كان غير صاحب الحق ، كما اذا كان الآخذ للكفيل وكيل الدائن ، فيبرأ بتسليمه الى الموكل مطلقاً ، والى الوكيل ايضاً ان اضاف الكفالة الى نفسه بأن قال اكفل لي فلاناً . وان اضافه الى موكله بأن قال اكفل بنفس فلان لفلان ، لم يبرأ بتسليمه الى الوكيل ، لانه رسول . وكما اذا اخذ القاضي من المدعي عليه كفيلا بالنفس بطلب المدعي او بغير طلبه وسلمه الكفيل الى القاضي ، برأ . وان سلمه الى المدعي ، لا يبرأ .

هذا اذا لم يضفه القاضي . فان اضافه وقال القاضي ان المدعي يطلب منك كفيلا بالنفس فاعطه كفيلا بنفسك فسلم الكفيل للقاضي ، لا يبرأ . وان سلمه الى المدعي ، يبرأ . ورسول القاضي وامينه كالقاضي .

ولو كفل بنفسه الى الوصي فسلمه الى الورثة او الى الغريم ، لا يبرأ . ولو كفل بنفس رجل على ان يسلمه الى المكفول له متى طالبه به ثم سلمه اليه قبل ان يطالبه ولم يقبل ، يبرأ ، لان حكم الكفالة وجوب التسليم ، وهو ثابت في الحال . وقوله « على ان يسلمه اليه متى طالبه » يذكر للتأكيد ، لا للتعليق .

فقد سلمه اليه حال كونه كفيلا ، فيبرأ (اه ما في البحر معزياً الى التتارخانية والخانية والبزازية والقنية)

وفي الهندية : لو ضمن لرجل الفاً على فلان فبرهن فلان انه كان قضاه اياها قبل الكفالة ، فإنه يبرأ الأصيل دون الكفيل . ولو برهن انه قضاه بعدها ، يبرآن اه قال في البحر : هذا ليس من البرائة ، وانما تبين انه لا دين على الأصيل ، والكفيل عومل باقراره ، لأن البينة لما قامت على الاداء قبل الكفالة ، علم ان ما كفل به الكفيل غير هذا الدين اه

وفي رد المحتار ما نصه : وكذا يبرأ الكفيل لو شرط الدفع من وديعة فهلكت . ففي الكافي : لو كفل بألف عن فلان على ان يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده ، جاز . فأن هلكت الوديعة ، فلا ضمان على الكفيل اه .

وفيه ايضاً : لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يده او رده بعيب ولو بلا قضاء او بأقالة او بخيار روءية او بفساد البيع ، برأ الكفيل . وكذا لو بطل المهر او بعضه عن الزوج بوجه ، برأ مما بطل على الزوج . او ضمن المشتري الثمن لغريم البايع فاستحق المبيع من يد المشتري ، بطلت الكفالة ايضاً . وكذلك الحوالة . اما لو ردّه المشتري بعيب ولو بلا قضاء ، لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البايع . وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم او ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله او قبلها ، لم يبطل الضمان . وتمامه فيه اه وفي الهندية : لو كفل رجلاً بمال لرجل ثم باع الأصيل من الطالب عبداً بذلك المالَ وسلمه اليه حتى برأ الكفيل عن الكفالة حكماً ببرائة الأصيل ثم استحق العبد من يد الطالب او رده الطالب بالعيب بقضاء القاضي ، عاد المال على الكفيل . ولو رده بغير قضاء لا يعود المال عليه اه — اقول : ونقل في البحر عن التتارخانية مثله لكن نقل محشيه ابن عابدين عن حاشية الرملي عن الصغرى ان الكفالة لا تعود سواء كان الرد بعيب بقضاء او رضى . ثم قال : والحاصل ان في المسئلة خلافاً بينهم ، فتنبه اه .

المادة ٦٦٠ — ﴿ لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او ليس لي عند الكفيل شيء يبرأ الكفيل ﴾

وان لم يقبل الكفيل الابراء ، اذ لا دين عليه ليحتاج الى القبول ، بل عليه المطالبة ، وهي تسقط بالابراء ولو وهب الدين له اي للكفيل ان غنياً او تصدق عليه ان كان فقيراً ، يشترط القبول ، كما هو حكم الهبة والصدقة . وهبة الدين من غير من عليه الدين تصح اذا سلط عليه ، والكفيل مسلط على الدين في الجملة ، وبعد القبول له الرجوع على الأصيل اه (درر) قال في حاشيته للشرنبلالي : وحاصله ان حكم الأبراء والهبة في الكفيل مختلف ، ففي الأبراء لا يحتاج الى القبول ، وفي الهبة والصدقة يحتاج . وفي الأصيل متفق فيحتاج الى القبول في الكل ، وموته قبل الرد والقبول كالقبول اه

اقول : وكون صحة ابراء الأصيل تتوقف على قبوله ، ينافيه ما سيأتي في المادة (١٥٦٨) من انه لا يتوقف الابراء على القبول . قالوا : لأنه اسقاط والأسقاط لا يتوقف على القبول ، كما في الاشباه . ويمكن التوفيق بأن المراد بالقبول في عبارتي الدرر والشرنبلالية ما يشمل السكوت وعدم الرد ، بدليل قوله « وموته قبل الرد والقبول كالقبول » وفي قولهم « لا يتوقف الأبراء على القبول » انه لا يتوقف على التصريح بقوله « قبلت » وعبارة النهاية ، كما في البحر ، ان ابراء الأصيل وتأجيله يرتدان بالرد ، وابراء الكفيل لا يرتد بالرد . واما تأجيله فيرتد بالرد اه قال العلامة الطحطاوي : ومحصله ان الأبراء لا يتوقف على قبوله لكنه يرتد بالرد اه .

فتلخص من هذا كله ان ابراء الطالب الأصيل لا يتوقف على تصريح الأصيل بالقبول ، بل على عدم رده اياه ، حتى لو رده ارتد . نعم لو رده بعد التصريح بقبوله ، يكون الرد غير معتبر ، كما سيأتي في المادة المذكورة آنفاً .

ثم اذا ارتد الابراء برد الاصيل ، هل يعود الدين على الكفيل ام لا خلاف؟ قال في رد المحتار عن التتارخانية : لا ذكر لهذه المسئلة في شيء من الكتب . واختلف

المشايخ ، فنهم من قال لا يبرأ الكفيل ، اي برد الاصيل الابراء ، كما في الهبة ، ومنهم من قال يبرأ الكفيل اه ٠

وقوله في الدرر « وبعد القبول له الرجوع على الأصيل » يعني في الهبة والصدقة ٠ اما في الابراء ، فلا رجوع له ، لأن الاسقاط لا يثبت للكفيل الرجوع لعدم ملكه الدين ، كما في الهندية ، وهو ظاهر ٠ وافاد في الفتح والتبيين وغيرهما ان ابراء الاصيل وتأجيله يرتدان برده ٠ واما الكفيل فلا يرتد برده الابراء بل التأجيل والفرق ان الابراء اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لان الواجب عليه مجرد المطالبة ، والاسقاط المحض لا يحتمل الرد ، لتلاشي الساقط بخلاف التأخير ، لعوده بعد الاجل اه

لكن نقل في البحر عن الخانية : لو قال اخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا اخرج ، لم يصر خارجاً اه ثم قال في البحر : فثبت ان ابراء الكفيل ايضاً يرتد بالرد اه قال في رد المحتار : ونظر فيه في النهر ولم يبين وجهه ٠ واجاب المقدسي بأن ما في الخانية في معنى الاقالة لعقد الكفالة ، فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت ، فتبقى الكفالة — بخلاف الابراء لانه محض اسقاط فيتم بالمسقط اه على ان ما تقدم اولاً هو المذكور في الهداية ومنصوص عليه في كافي الحاكم اه

وقال في حاشيته على البحر : ويمكن ان يقال ان ما في الخانية مبني على خلاف الصحيح ، تأمل اه

المادة ٦٦١ — (لا تلزم براءة الاصيل من براءة الكفيل)

كما انه لا يلزم من التأجيل على الكفيل التأجيل على الاصيل ، لعدم تبعية الاصل لفرعه ، كما في الدرر وغيره ، وتقدم تمامه في شرح المادة (٦٥٥)

المادة ٦٦٢ — (براءة الاصيل توجب براءة الكفيل)

لما تقدم في المادة (٥٠) من انه اذا سقط الاصل سقط الفرع ٠ وهذا اذا لم

يرم الاصيل الابراء ، والا فقد علمت مما قدمناه في شرح المادة (٦٦٠) اختلاف المشايخ في براءة الكفيل حينئذ .

* فرع *

طالب الداين الكفيل فقال له اصبر حتى يجيء الاصيل فقال لا تعلق لي عليه انما تعلقي عليك ، هل يبرأ ؟ اجاب نعم . وقيل لا ، وهو المختار (كذا في الدر عن القنية) لان الناس لا يريدون نفي التعلق اصلاً ، وانما يريدون نفي التعلق الحسي والذي لا اتعلق به تعلق المطالبة . على ان ابراء الاصيل يتوقف على قبوله ولم يوجد (كذا في رد المحتار)

وقوله « على ان ابراء الاصيل الخ » فيه نظر ، يعلم مما قدمناه في شرح المادة (٦٦٠)

وفي الهندية : ولو وهب الطالب المال من المطلوب فمات قبل الرد فهو بريء وان لم يمت فرد الهبة ، فرده صحيح والمال على المطلوب وعلى الكفيل على حاله ، ولو كان الابراء والهبة بعد موته فقبل ورثته ، صح ، ولو رد ورثته ارتد وبطل الابراء في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى ، لان الابراء بعد الموت ابراء للورثة . وقال محمد رحمه الله تعالى لا يرتد بردهم ، كما لو ابرأه في حال حياته ثم مات قبل القبول والرد اه .

* الفصل الثاني *

= في البراءة من الكفالة بالنفس =

المادة ٦٦٣ = لو سلم الكفيل المكفول به في محل يمكن فيه المخاصمة كالبلد او القصبة الى المكفول له ، يبرأ الكفيل من الكفالة قبل المكفول له او لم يقبل . ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة ،

لا يبرأ بتسليمه في بلدة اخرى . ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق ، لا يبرأ من الكفالة . لكن لو سلمه في حضور ضابط يبرأ ٭

اطلق التسليم فشمل ما اذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله لان الاجل حق الكفيل ، فله اسقاطه — كالدين المؤجل اذا قضاه المدبون قبل الحلول والتسليم ، يكون بالتخلية بينه وبين الخصم ، وذلك برفع الموانع ، فيقول له هذا خصمك فخذه ان شئت .

وفي القنية : كان المكفول له جالساً مع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول عنه وقال له ها هو المكفول عنه فلم يجلس بل مرّ وخرج الى باب آخر ، فهذا القدر تسليم منه اه (بحر) وقدمنا الكلام على مسايل التسليم في شرح المادة (٦٥٩) فلتراجع .

وقوله « في محل يمكن فيه المخاصمة » احترز عما اذا سلمه في برية اوسواد يعني الرساتيق ، فانه لا يبرأ لعدم قدرته على مخاصمته في ذلك المكان . وهو نظير ما اذا سلم المدبون الدين للطالب حين خرج اللصوص ، فانه لا يبرأ ، ولو سلمه الكفيل ليلاً في مكان لا يمكنه فيه العصمة وفر منه ، فإن كان التسليم بطلبه ، خرج عن العهدة ، والا فلا (طحطاوي)

ثم ان اطلاق قوله « في محل يمكن فيه المخاصمة الخ » يشمل ما اذا كان المحل الذي سلم فيه غير المحل الذي انعقدت فيه الكفالة . فلو كفله في مصر وسلمه في مصر آخر من الامصار ، يبرأ ، وهو المذكور في الهداية وغيرها . وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما يشترط ان يكون هو المصر الذي كفل فيه . وقولهما اوجه ، كما في الفتح . وقيل انه اختلاف عصر وزمان ، لا حجة وبرهان . وتمامه في الزيلعي (كذا في رد المحتار) — اقول : وعليه : فيمكن حمل اطلاق هذه المادة على ما اذا كان المحل المذكور هو محل الكفالة ، تأمل .

وهذا كله اذا لم يشترط التسليم في محل معين ، كالمحل الذي كفل فيه او

غيره . فلو شرط ، فعدم برائته بالتسليم في غير المعين على قولهما ظاهر ، وعلى قوله اختلف المشايخ ، كما في الهندية . ولذا اعتمدت المجلة على عدم البرائة ، كما ترى .

وقوله « ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم الخ » ، شروعٌ في مسئلة اخرى ، اعتمد المتأخرون من المشايخ فيها قول زفر . وعبارة الدر مع المتن هكذا: « ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه فيه ولم يجز تسليمه في غيره . به يفتى في زماننا لتهاون الناس في اعانة الحق . ولو سلمه عند الامير اي وقد شرط تسليمه عند القاضي او شرط تسليمه عند هذا القاضي فسلمه عند قاضٍ آخر جاز — بحر اه » قال في حاشية رد المحتار : قوله « يفتى به » وهو قول زفر . وهذه احدى المسائل التي يفتى فيها بقول زفر (بحر) اه وعبارة فتح القدير : واما ان عين مجلس القاضي او المسجد الجامع فالمذهب انه اذا سلمه في السوق ، برأ لأن المقصود من الكفالة يحصل بذلك ، وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأي المشايخ انه لا يبرأ بذلك ، لان البرائة كانت باعتبار انه يقدر على ايصاله الى مجلس القاضي بمعاونة الناس ، واليوم اهل السوق وعبار الطريق لا يقدرون او لا يفعلون ان قدروا ، فكان التقييد مفيداً . قيل : ويجب ان يفتى بهذا اه .

وبهذا تبين ان المراد بالضابط في هذه المادة هو الامير او ضابط من وظائفه ان يوصل المكفول به الى مجلس القاضي ، بخلاف ضباط العساكر الشاهانية في زماننا لعدم اقتدارهم على ذلك ، اذ ليس ذلك من وظائفهم ، او انهم لا يفعلون لو قدروا .

وفي رد المحتار عن كافي الحاكم : واذا حبس المكفول به بدين او غيره آخذت الكفيل لأنه يقدر على ان يفكه مما حبس به باداء حق الذي حبسه اه وهذا اذا لم يمكنه التسليم بأن كان السجن سجن قاضٍ آخر في بلد آخر ، فأما اذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت فيه الكفالة في سجن القاضي الذي تخاصما اليه ، لا يطالب بالتسليم . ولكن القاضي يخرجه من السجن حتى يجيب خصمه ثم يعيده الى السجن . فأما اذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ولكن في سجن قاضٍ آخر بأن كان في المصر قاضيان او حبس في سجن الوالي ، فالقياس ان يؤاخذ الكفيل بالتسليم . وفي الاستحسان لا يؤاخذ به ويكون الحكم فيه

كالحكم فيما اذا كان في سجن هذا القاضي (كذا في الهندية عن الذخيرة)

وفيها ايضاً : اذا حبس المكفول بالنفس بعد الكفالة فسلمه الكفيل في السجن ، لا يبرأ . قال مشايخنا : هذا اذا كان محبوساً في سجن قاض آخر ، اما اذا كان محبوساً في سجن القاضي الذي وقعت عنده الخصومة ، فقد اختلفوا فيما بينهم ، قال بعضهم لا يبرأ ، وعامتهم على انه يبرأ ، وهو الصحيح

وعلى قياس المسئلة المتقدمة ينبغي ان يبرأ اذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت فيه الكفالة استحساناً وان كان محبوساً في سجن قاض آخر او في سجن الوالي اه

وقالوا ايضاً : وهذا اذا كان محبوساً من جهة غير الطالب ، فأما اذا كان محبوساً من جهة الطالب ، فيبرأ بالتسليم في الحالين ، لا محالة ، وفي الفتاوي اذا سلمه في السجن بناء على طلب الطالب ، يبرأ اه .

وفي الخانية : رجل كفل بنفس رجل والمكفول به محبوس عند القاضي فدفعه الكفيل الى الطالب في السجن ، برأ الكفيل . وان كفل بنفس رجل وهو محبوس ثم اطلق ثم اعيد الى الحبس فدفعه اليه ، قالوا : ان كان الحبس الثاني بشيء من التجارة او غيرها ، صح الدفع وبرأ الكفيل ، وان كان الحبس الثاني بشيء من امور السلطان ، لا يبرأ الكفيل اه .

المادة ٦٦٤ — ✻ يبرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب الطالب . واما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يبرأ ما لم يقل سلمته بحكم الكفالة ✻

وهذا اذا لم يقر الطالب بقبض المكفول بجهة ، فان اقر به برأ الكفيل ولا يحتاج فيه الى النص ، لأن الظاهر انه لا يقر الا بما يحتمله حقه ، كما قدمنا في شرح المادة (٦٥٩) وتمامه هناك .

المادة ٦٦٥ — ✽ ولو كفل على ان يسلمه في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وان لم يقبل المكفول له ✽

لأن الأجل حق الكفيل فله إسقاطه، كالدين المؤجل إذا قضاه المديون قبل الحلول. وتقدم هذا مستوفى في شرح المادة (٦٦٣).

المادة ٦٦٦ — ✽ لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفالة يبرأ كفيل الكفيل ايضاً كذلك لو توفي الكفيل كما يبرأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله ايضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه ✽

قال في الخانية: الكفيل بالنفس اذا اعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصيل، يعني المكفول به، برئ الكفيلان، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني اهـ.

والمراد ان الكفالة تبطل بموته كما عبر به في الكنز وغيره، لتحقق عجز الكفيل عن احضاره عجزاً مستمراً، بخلاف الحي لإمكانه ولاحتمال العلم به بعد، فلذا قالوا هناك لا يطالب به، وقالوا هنا تبطل (كذا في رد المحتار) ✽

والحاصل ان الكفالة بالنفس تبطل بموت المكفول به وبموت الكفيل. وهذا شامل لبراءة كفيل الكفيل ولبراءتها بموت الأصيل، لا بموت الطالب، بل وارث الطالب او الوصية يطالب الكفيل على المذهب. فان سلمه الى احد الورثة او الى احد الوصيين خاصة فللباقي المطالبة باحضاره، كما في البحر عن الينابيع. وفي النهر من انه يشكل عليه قولهم احد الورثة ينتصب خصماً للميت فيما له وعليه، اجاب عنه في رد المحتار بان حق المطالبة ثابت لكل واحد من الورثة. فاذا استوفى احدهم حقه لا يسقط حق الباقين، لأن له استيفاء حقه فقط. وانما قام مقام الباقين

في اثبات حقهم اه ٠

وفي الهندية : رجل كفل بنفس رجل فمات الطالب ، فالكفالة بالنفس على حالها ٠ فبعد ذلك ان دفع الكفيل المكفول به الى وصي الميت ، برأ عن الكفالة سواء كان في التركة دين ام لم يكن ٠ وان دفع الى وارث الميت ، ان كان في التركة دين ، لا يبرأ سواء كان الدين مستغرقاً ام لم يكن ٠ وان لم يكن في التركة دين ، يبرأ عن حصة المدفوع اليه خاصة ٠ ولو كان في المال فضل على الدين وقد كان الميت اوصى بثلث ماله فدفع الكفيل المكفول به الى الوارث او الى الموصى له او الى الغريم ، لا يبرأ ٠ ولو دفع الى هؤلاء الثلاثة ، هل يبرأ ؟ — قال شمس الأيمة السرخسي : الأصح عندي انه لا يبرأ (كذا في الظهيرية) فإن ادى الوارث الدين والوصية ، جاز ذلك الدفع الى الورثة و يبرأ الكفيل (كذا في المحيط)

— الفصل الثالث =

﴿ في البرائة من الكفالة بالمال ﴾

المادة ٦٦٧ — ﴿ لو توفي الداين و كانت الورائة منحصرة في المديون ، يبرأ الكفيل من الكفالة ٠ وان كان للداين وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المديون فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر ﴾

فلو كان للداين ابن آخر مع المطلوب ، برأ الكفيل عن حصة المطلوب و بقي عليه حصة الابن الآخر لأن المطلوب ، وهو الأصيل ، ملك ما في ذمته فيبرأ ، وبرائة الأصيل توجب برائة الكفيل ٠ هذا اذا مات الطالب ، والمكفول عنه وارثه ٠ فلو مات الطالب والكفيل وارثه ، برأ الكفيل عن الكفالة و يبقى المال

على المكفول عنه على حاله . وان كانت الكفالة بغير امره ، برأ المطلوب ايضاً ، لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته . ولو ملك الكفيل المال في حال الحياة بالقضاء او بالهبة ، يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره . وان كانت بغير امره ، لا يرجع على المكفول عنه : فكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث (افاده في الهندية عن الخانية)

المادة ٦٦٨ – ❊ لو صالح الكفيل او الأصيل الداين على مقدار من الدين يبرآن ان اشترطت برائتهما او برائة الأصيل فقط او لم يشترط شيء . وان اشترط برائة الكفيل ، يبرأ الكفيل فقط ويكون الطالب مخيراً : ان شاء اخذ مجموع دينه من الأصيل وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل ، والباقي من الأصيل ❊

يعني لو صالح احدهما رب المال عن الف الدين على نصفه مثلاً ، ففي الصور الثلاث الأولى يبرأ كل من الأصيل والكفيل لأنه اضاف الصلح الى الألف الدين ، وهي على الأصيل ، فيبرأ عن خمسماية ، وبرائته توجب برائة الكفيل كما تقدم .

وفي الصورة الرابعة ، وهو ما اذا شرط برائة الكفيل وحده ، لا يبرأ الأصيل لأن البرائة عن باقي الدين التي تضمنها عقد الصلح كانت فسخاً للكفالة لا اسقاطاً لأصل الدين ، فيبرأ الكفيل وحده عن خمسمايه دون الأصيل ، فتبقى عليه الألف . ثم ان شاء الطالب اخذ مجموع الألف من الأصيل ، وان شاء اخذ الخمسماية التي هي بدل الصلح من الكفيل ، والباقي من الأصيل .

ومتى اخذ في الصور الاربع من الكفيل ، رجع بما دفعه على الأصيل اذا كانت الكفالة بأمره ، والا فلا رجوع . وهذا ، اي رجوع الكفيل على الاصيل في الصورة الرابعة ، بما دفعه اذا صالح الكفيل الداين على ما هو من جنس الدين ،

كما ينبني عليه التعبير بالنصف . فلو صالح على جنس آخر ، رجع بجميع الالف الدين ، لان الصلح بجنس آخر مبادلة فيملك الدين فيرجع بجميع الألف (فتح) وتقدم في المادة (٦٥٧) وشرحها . وكذا يرجع بجميع الالف لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقي ، كما في الفتح .

ثم اعلم ان الحكم المذكور في المسئلة الرابعة لا ينافيه ما في متن التنوير تبعاً للخانية ، حيث قال : صالح الكفيل الداين على شيء ليبرأه عن الكفالة ، لم يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل اه لأن ما في متن التنوير تبعاً للخانية موضوعة في الكفالة بالنفس ، كما هو صريح الخانية ، فليراجع « قبيل فصل في الكفالة بالمال » .

وقول العلائي في الدر ، تبعاً للبحر « وهذا بأطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس » غير سديد . وكأن صاحب البحر لم يقرأ عبارة الخانية من اولها حتى قال ما قال وتبعه صاحب الدر . وقد ذكروا في كتاب الصلح ان الصلح عن الكفالة بالنفس على مال غير صحيح ، اذ لا حق للمكفول له على الكفيل ، بل هو عبارة عن ولاية الطلب وتسليم المكفول به — بخلاف الصلح عن كفالة المال ، فإنه يكون اسقاطا لبعض الدين عنه ، وهو صحيح . ولذا ذكر في البحر ما نصه : وفي التتارخانية : الكفيل ان كان بالنفس اذا صالح الطالب على خمسماية دينار على ان ابرأه من الكفالة بالنفس ، لا يجوز ولا يبرأ عنها . فلو كان كفيلاً بالنفس والمال عن انسان واحد وصالح على خمسين بالشرط ، برأ . ثم قال : الكفيل بالنفس اذا قضى الدين الذي على الأصيل على انه يبرأ عن الكفالة ففعل ، جاز القضاء والابراء . واما اذا اعطاه عشرة ليبرئه عن الكفالة بالنفس ، فابرأه ، لم يسلم له العوض ، باتفاق الروايات . وفي براءته عنها روايتان اه .

وفي الهندية عن الذخيرة : والكفيل بالنفس اذا صالح على مال لاسقاط الكفالة ، لا يصح اخذ المال . وهل تسقط الكفالة بالنفس ؟ — فيه روايتان : في رواية تسقط ، وبه يفتى اه .

وبهذا تعلم انه لا فرق في صحة الصلح في الكفالة بالمال بين ان يكون المصالح عنه المال المكفول به او الكفالة ، اوما استوجب بالكفالة ، وهو المطالبة . وعن هذا ذكر في الهداية والملتقى وغيرهما ما نصه : ولو كان صالحه عما استوجبه بالكفالة ،

لا ببراءة الاصيل لأن هذا ابراء الكفيل عن المطالبة اه فأفاد صحة الصلح ولزوم المال ومفوتها المطالبة عن الكفيل دون الأصيل ، لأن هذه الصورة كالمنصوص فيها على براءة الكفيل وحده ، بدليل ان من ذكرها كالهداية والملتقى لم يذكر الصورة الرابعة وهي التنصيص على براءة الكفيل وحده .

وعبارة متن الملتقى بعد حذف ما لا لزوم له ، هكذا : ولو صالح الكفيل الطالب عن الف على مائة ، برأ . وان صالح عن موجب الكفالة ، برأ هو دون الأصيل اه قال شارحه الداماد : لأن ابراء الكفيل عن الكفالة يصير فسخاً للكفالة ، لا اسقاطاً لأصل الدين اه وعن هذا جعل في النهاية ما تقدم عن الهداية عين الصورة الرابعة ، فقال بعد ذكر عبارة الهداية : صورته ما في المبسوط : لو صالحه على مائة درهم على ان ابرأ الكفيل خاصته من الباقي ، رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة ، لان ابراء الكفيل يكون فسخاً للكفالة ولا يكون اسقاطاً لأصل الدين اه قال في البحر : وهكذا في فتح القدير ، وانما كانت عينها لاتحاد الصورتين من حيث المعنى لافادتهما اشتراط براءة الكفيل وحده ، وان اختلفا لفظاً . وليس في الفتح ما يشعر بعدم الرضا بما ذكره في النهاية كما قيل ، فانه قال بعد تلك العبارة : والبراءة من المطالبة براءة من الكفالة ، فيبقى حال المطلوب على ما كان قبل الكفالة . وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط : لو صالحه على مائة الخ ، فهو مقر بما في النهاية ، لا متبرئ منه ، فليس العجب مما في النهاية ، فانه صحيح لا غبار عليه ، وانما العجب مما كتبه العلامة ابن عابدين في رد المحتار في هذا المقام ، فانه اطال الكلام بما لا يفهم منه المرام ، وخطأ الجهابذة الاعلام بما لا تقبله الافهام .

وحاصل المقام ان الكفيل بالمال لو صالح الطالب على مال ، فالصلح صحيح ، سواء جعل المصالح عنه المال المكفول به او الكفالة ، او ما يجب بالكفالة ، وهو المطالبة . ثم اذا كان المصالح عنه المال المكفول به ، وقد شرطت براءتهما او براءة الأصيل فقط اوسكت ، برأ كل من الأصيل والكفيل . وان شرطت براءة الكفيل وحده او كان المصالح عنه الكفالة او ما وجب بها وهو المطالبة ، برأ الكفيل دون الاصيل . وفي جميع هذه الصور يحسب بدل الصلح الذي يدفعه

الكفيل من اصل الدين ، وللكفيل الرجوع به على الأصيل اذا كانت الكفالة بأمره . واما الكفيل بالنفس لو صالح الطالب على مال على ان يبرأه من الكفالة ، فالصلح غير صحيح وبدل الصلح غير لازم على الكفيل . الا ان الكفالة تسقط على المفتى به كما تقدم عن الهندية نقلا عن الذخيره . نعم لو كان كفيلا بالنفس وبالمال عن انسان واحد وصالح على مال بشرط البراءة عن كفالة النفس ايضاً فأن الصلح ايضاً يصح ، كما تقدم عن البحر نقلا عن التتارخانية .

المادة ٦٦٩ — ﴿ لو احال الكفيل المكفول له على احد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والاصيل ﴾

لان الحوالة حصلت بأصل الدين ، وهي كما يأتي ، نقل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فكانت كالاداء ، فيبرآن جميعاً — الا اذا شرط الكفيل براءة نفسه فقط ، فحينئذٍ يبرأ الكفيل دون الأصيل . وللطالب اخذ الأصيل او المحال عليه بدينه ، ولا سبيل له على الكفيل ، حتى يتوى المال على المحال عليه (افاده في الدر وحواشيه)

وذكر الشارح سليم باز هنا عازياً لرد المحتار ما نصه : وكذا يبرأ الكفيل ايضاً لو احال الطالب انساناً على المطلوب ، وللمحال حينئذٍ ان يطالب الأصيل لكونه محالا عليه ، لا الكفيل ، لأنه لم يضمن له شيئاً اه لكنني لم اقف على هذه العبارة في رد المحتار ، ولا في غيره ، فليتأمل وليراجع .

ثم رأيتها في رد المحتار ، ذكرها في كتاب الحوالة هكذا : وفي الحامدية عن فتاوي قارئ الهداية : اذا احال الطالب انساناً على مديونه وبالدين كفيل ، برأ المديون من دين المحيل و برأ كفيله . ويطالب المحتال الأصيل لا الكفيل ، لأنه لم يضمن له شيئاً ، لكنها براءة موقوفة .

المادة ٦٧٠ — ﴿ لو مات الكفيل بالمال يطلب المكفول به من تركته ﴾

اي وان كان الدين مؤجلا لم يحل اجله ، لأن الأجل يسقط بموت من له الأجل ، لكن لا يحل على الأصيل . حتى لو ادى وارث الكفيل المال ، لم يرجع على الأصيل، لو الكفالة بأمره ، الا عند حلول الأجل . افاده في الدر وحواشيه ، وتقدم تمامه في شرح المادة (٦٥٢) .

المادة ٦٧١ — ﴿ الكفيل بثمن المبيع اذا انفسخ البيع او ضبط المبيع بالاستحقاق او رد بعيب يبرأ من الكفالة ﴾

اذ بانفساخ البيع يبرأ الأصيل، وبراءته توجب براءة الكفيل . وانفساخ البيع يكون باقالة وخيار رؤية او شرط او بفساد بيع .

وقوله «او رد بعيب» اي سواء كان الرد بقضاء او رضاء .

ثم اذا كانت الكفالة للبائع ، يبرأ الكفيل في جميع تلك الصور — بخلاف الكفالة لغريمه بأن احال البائع غريمه بالثمن على المشتري فكفل له به رجل ، فان الكفيل لا يبرأ الا في صورة استحقاق المبيع .

والفرق بينهما فيما يظهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب على المشتري . وفي الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعد ما تعلق به حق الغريم . فلا يسري عليه (افاده في رد المحتار عن النهر)

وفيه ايضاً عن التتارخانية : لو ظهر فساد البيع ، اي وقد كان الكفيل دفع المال للبائع ، رجع الكفيل بما اداه ان شاء على البائع وان شاء على المشتري . ولو فسد بعد صحته بأن الحقا به شرطاً فاسداً ، فالرجوع للمشتري على البائع .

يعني والكفيل يرجع بما اداه على المشتري . وكأن الفرق بينهما انه بظهور الفساد تبين ان البائع اخذ شيئاً لا يستحقه ، فيرجع الكفيل عليه . وان الحقا به شرطاً فاسداً ، لم يتبين ان البائع حين قبضه قبض شيئاً لا يستحقه اه

وفي الهندية عن المحيط : لو ان رجلا تزوج امرأة ، وكفل بالمهر رجل عن الزوج ثم سقط كل المهر بالفرقة الكائنة من قبلها قبل الدخول بها او سقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول بها ، برأ الكفيل عن كل المهر في الفصل الاول ، وعن نصف المهر في الفصل الثاني ، حكماً لبراءة الزوج .

ولو ان امرأة زوجت نفسها من رجل على الف درهم وامرت زوجها ان يضمنها لغريمها او احالته بها عليه ، او يكفل بها عنه ثم وقعت بينهما فرقة من جهتها قبل الدخول بها حتى سقط كل المهر ، فان الزوج لا يبرأ عن الكفالة . واذا بقيت الكفالة حتى ادى الزوج ، رجع بما ادى على المرأة . وكذلك لو طلقها الزوج قبل الدخول بها ، ضمن مثل ذلك الا انه يرجع عليها بقدر النصف اه

وفي الهندية ايضاً : ولو كفل للبائع بالثمن فوهب البائع الثمن من الكفيل فقبضه الكفيل من المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً ، رده على البائع ويرجع عليه بالثمن ، وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل اه

المادة ٦٧٢ — * لو استؤجر مال الى تمام مدة معلومة وكفل احد بدل الاجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الاجارة . فان انعقدت اجارة جديدة بعد تلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد *

معنى انتهاء الكفالة عند انقضاء مدة الاجارة انه لا يكون كفيلاً باجرة تحدث باجارة جديدة ، كما يصرح به التفريع بقوله «فان انعقدت الخ» والا فان الاجرة التي وجبت بعقد الاجارة الاول لم يبرأ الكفيل من الكفالة بها

به ، كما هو ظاهر .

ثم كما تنتهي الكفالة عند انقضاء مدة الاجارة ، تنتهي ايضاً عند انفساخ عقد الأجارة ، بنحو مقايلة او خيار رؤية او عيب او بعذر تنفسخ به الاجارة ، حتى لو عقدا بعد الفسخ اجارة ثانية بأجرة معلومة بدون كفالة جديدة ، لا يكون الكفيل ضامناً لتلك الاجرة الجديدة لأن دين الطالب قدسقط عن الأصيل بسبب فسخ العقد الأول . ومتى سقط دين الطالب عن الأصيل بسبب من الاسباب ، برأ الكفيل وبطلت الكفالة ، كما في تنقيح الحامدية نقلا عن الذخيرة . ومعلوم ان الأجرة الحادثة حصلت بسبب جديد ، فلا يكون الكفيل ضامناً لها الا بكفالة جديدة . وعن هذا افتى في الحامدية فيما لو فسخ المتداينان عقد المداينة الأول واجل الداين الدين الى اجل آخر ، بأن الكفيل في عقد المداينة الاولى لا يكون كفيلاً فيما عقداه ثانياً بدون كفالة جديدة .

ثم ان تقييد المادة بكون المدة معلومة ، احتراز عما لو اجره الحانوت مثلاً كل شهر بكذا . فأنه تقدم في المادة (٤٩٤) وشرحها ان الاجارة تصح . لكن عند ختام كل شهر لكل من العاقدين فسخها في اليوم الأول وليلته من الشهر الذي يليه . ففي هذه لو كفل رجل بتلك الاجرة ، اي أجرة كل شهر ، ثم رجع عن الكفالة عند رأس الشهر ، فإنه يصح رجوعه ولا يكون كفيلا بالاجرة الحادثة بعد رجوعه . وان بقي العاقدان على اجارتهما كما قدمناه عن الهندية اواخر شرح المادة (٦٤٠) قال : وهذا بخلاف ما لو ضمن لامرأة عن زوجها نفقة كل شهر ، فأنه يجوز وليس له الرجوع عن الكفالة . والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند راس الشهر بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد ، وسبب الاجر في الاجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلة اه .

﴿ فروع ﴾

ذكر في تنقيح الحامدية ان مسايل رجوع المأمور على الآمر بما دفعه ، جملتها اربعة اقسام .

الاول : ما يرجع به المأمور مطلقاً شرط الرجوع اولا ، قال عني اولا .

وهي ما اذا قال اقض دبني او نائبتي او اكفل لفلان بألف علي او انقده الفاً علي او اقض ماله علي او انفق على عيالي او في بناء داري ٠

الثاني : اذ قال ادفع لفلان كذا وكان المأمور صيرفياً او خليطاً للآمر او في عياله ، فإنه ايضاً يرجع مطلقاً ، شرط الرجوع او لا ، قال عني اولاً ٠

الثالث : اذا لم يكن صيرفياً او نحوه والمسئلة بحالها ، فإنه لا رجوع ما لم يقل عني او على اني ضامن ٠

الرابع : ما لو قال هب لفلان عني الفاً او اقرضه الفاً او عوضه عني عن هبة او كفر عن يميني بطعامك او اد زكاة مالي بمالك او احج عني رجلاً او اعتق عبداً عن ظهاري ، فلا يرجع الا بشرط الرجوع وان كان المأمور خليطاً او قال عني اه ٠

ثم ذكر ان ما جرى به العرف في الرجوع على الآمر ، يرجع وان لم يكن خليطاً ولا في عياله ٠ ولذا اثبتوا الرجوع للصير في اه وتمامه فيها ٠

وفي الهندية : ذكر في الأصل : رجل قال لغيره وليس بخليط له ادفع الى فلان الف درهم فدفع المأمور ، لا يرجع به على الآمر ، لكن يرجع به على القابض لأنه لم يدفع على وجه يجوز دفعه اه ٠

كفل رجل للبائع بثمن المبيع ثم ان البائع وهب الثمن من الكفيل فأخذه الكفيل من المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فرده على بايعه ، فله ان يأخذ الثمن منه وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل (هندية)

رجل عليه دين وبه رهن و كفيل بأمره فقضى الكفيل دين الطالب ثم هلك الرهن في يد الطالب ، فالكفيل يرجع على الأصيل بما كفل ٠ وهو كما لو باع شيئاً وأخذ بالثمن كفيلا بأمر المشترى فأدى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع في يد البايع ، فان الكفيل لا يخاصم البايع ولا يرجع عليه ، وانما يرجع على المشتري ، ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل ٠

ولو كان رجل عليه دين لرجل و به كفيل فأخذ الطالب من الكفيل رهناً ومن الأصيل رهناً احدهما بعد الآخر وبكل واحد من الرهنين وفاء بالدين فهلك احد الرهنين عند المرتهن ، قال ابو يوسف : ان هلك الرهن الثاني ، ان

كان الراهن الثاني علم برهن الأول ، فان الثاني يهلك بنصف الدين . وان لم يعلم بذلك ، يهلك بجميع الدين . وذكر في كتاب الرهن ان الثاني يهلك بنصف الدين ، ولم يذكر العلم والجهل ، وهو الصحيح (خانية)

في نوادر بن سماعة ، عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : رجل ادعى على رجل الف درهم وضمنها رجل بأمر المدعي عليه ودفعها الضامن الى المدعي ثم ان المدعي مع المدعي عليه تصادقا على انه لم يكن عليه شيء ، فالمدعي بدفع ما قبض للمدعي عليه ثم الضامن يرجع بها على المدعي عليه (هندية)

وفيها : لو قال المكفول للكفيل برئت الي من المال فهو اقرار منه بالايفاء حتى يرجع الكفيل على الأصيل اذا كفل بأمره . ولو قال للكفيل ابرأتك ، فهو ابراء لا اقرار منه بالقبض من الكفيل ، حتى لا يكون للكفيل ان يرجع بالمال على الأصيل . وان قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل الي ، فهو ابراء عند محمد رحمه الله تعالى ، وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى هو اقرار بالقبض (كذا في الكافي) وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف في هذه المسئلة ، وهو مختار صاحب الهداية ، وهو اقرب الاحتمالين ، فالمصير اليه اولي (كذا في الاختيار شرح المختار) ولا خلاف بينهم انه لو كتب في الصك برأ الكفيل من الدراهم التي كفل بها ، كان اقراراً بالقبض كذا في معراج الدراية . اه ما في الهندية

وفيها : رجل له على رجل الف درهم ، فأمر رجلاً حتى كفل بها عنه للطالب ، ثم قال من عليه الأصل لرجل اكفل بنفس هذا الكفيل ففعل ، ثم اخذ الطالب الكفيل بالنفس ، لم يكن للكفيل بالنفس على الذي امره بذلك سبيل . ولو كان امر رجلاً حتى كفل عن الكفيل بالمال ثم ان الطالب اخذ الكفيل الثاني واخذ منه المال ، كان له ان يرجع على الذي امره بذلك . هكذا ذكر المسئلة في المنتقى اه .

ذكر الطرسوسي في مؤلف له ان مصادرة السلطان لارباب الاموال لا تجوز الا لعمال بيت المال مستدلا بأن عمر رضي الله عنه صادر ابا هريرة اه ولعل مذهبه ان هدية العمال جائزة بخلاف مذهب عمر رضي الله عنهما ، فلذا غرمه . واراد بعمال بيت المال ، خدمته الذين يجبون امواله . ومن ذلك كتبته اذا توسعوا

في الاموال ، لان ذلك دليل خيانتهم . ويلحق بهم كتبة الاوقاف ونظـارها اذا توسعوا او تعاطوا انواع اللهو وبناء الاماكن ، فللحاكم أخذ الاموال منهم وعزلهم . فان عرف خيانتهم في وقف معين ، رد المال اليه . والا وضعه في بيت المال (نهر وبحر) كذا في رد المختار وحواشيه .

الكتاب الرابع

في الحوالة ويحتوي على مقدمة و بابين

المقـدمة

(في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقه بالحوالة)

المادة ٦٧٣ - الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى

اتفق اهل المذهب على ان الحوالة الشرعية تفيد النقل ، كمعناها اللغوي . ثم اختلفوا في كيفية النقل ، فقيل انها نقل المطالبة والدين معاً، وقيل نقل المطالبة فقط . ونسب الزيلعي الاول لابي يوسف ، والثاني لمحمد . قال : وفائدة الخلاف تظهر في موضعين : احدهما اذا برأ المحتال المحيل من الدين . قال ابو يوسف : لا يصح ، لأنه برأ بالحوالة . وقال محمد يصح ، لبقاء الدين . والثاني ان الراهن اذا احال المرتهن بالدين على انسان ، كان للراهن ان يسترد الرهن عند ابي يوسف ، كما لو ابرأه المرتهن من الدين . وعنـد محمد ليس له ذلك ، كما لو اجّل الدين اه .

قال في الفتح: المصحح في المـذهب انها توجب البراءة من الدين (ط) عن التتارخانية : وعليه الفتوى .

واورد على هذا في البحر عشرة اشياء : الاول ان التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة ، اذ ليس فيها دين انتقل الى المحال عليه .

ثانيها عود الدين بالتوى ، ولو انتقل سقط ، فلم يعد .

ثالثها جبر المحال على قبول الدين من المحيل بعدها ، ولو انتقل لم يجبر .

رابعها قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال ، ولو انتقل لاختص به المحال .

خامسها ان ابراء المحتال المحال عليه لا يرتد بالرد ، ولو انتقل اليه لارتد

سادسها ان توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ولو انتقل من ذمة المحيل لصح ، لكونه اجنبياً .

سابعها ان المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان له ان يرجع على المحيل ، ولو انتقل الدين الى المحال عليه لكانت الهبة ابراء ، فلا رجوع .

ثامنها انها تنفسخ بالفسخ ولو سقط الدين لم يعد .

تاسعها عدم سقوط حق حبس المبيع فيما اذا احاله المشتري .

عاشرها عدم سقوط حق حبس الرهن فيما اذا احاله الراهن اه .

ثم اجاب عن الثاني بأن موجب الحوالة نقل موقت لامؤبد ، فبرأ المحيل براءةً موقتةً الى التوى ، فالرجوع به لأنه لم يبرأ براءةً مؤبدة . وانما برأ بشرط السلامة للمحتال ، فحيث توى المال لم يوجد الشرط .

وعن الثالث بأنه صح اداء المحيل للمحال ليستفيد البراءة المؤبدة التي لم تحصل بالحوالة ، كما علل به في الذخيرة .

وعن الرابع والخامس بأنه لا يضر في نقل الدين قسمته بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال ، لأن المحتال لم يملك الدين بالحوالة ، اذ يلزم عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، وهو لا يجوز . وانما ملك المطالبة فإذا قبضه ملكه ، ولهذا لم يملك المحال عليه رد ابراء المحتال . ولا يلزم ان يكون على المحال عليه دينان ، دين للمحيل بدليل قسمته بين غرمائه ، ودين للمحتال ، لأن الممنوع ان يكون للدين الواحد مطالبان ، لا ان يكون على واحد دينان باعتبارين لهما مطالب واحد كما في الحوالة .

وعن السادس بأن عدم صحة ان يكون المحيل وكيلاعن المحتال بقبض الدين ، انما هو لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الابراء المؤبد .

وعن السابع بأن الفرق بين الهبة والأبراء في الرجوع وعدمه ان الابراء اسقاط ، والهبة من اسباب الملك ، كالأرث .

وعن الثامن بأن الحوالة انما قبلت الفسخ لأن الدين لم يسقط بالكلية ، لأنها توجب الابراء الموقت لا المؤبد ، كما قلنا .

وعن التاسع والعاشر بأن حق البائع في الحبس انما لم يبطل لان المطالبة باقية . ولذا لو كان المحيل هو البايع بطل حقه في الحبس ، لأن مطالبته سقطت ، كالمرتهن اذا احال غريمه على الراهن ، بطل حقه في حبس الرهن == بخلاف ما اذا احاله الراهن .

وقوله « لأن المطالبه باقية » اي على المحال عليه . اي والمحال عليه قائم مقام المحيل ، فصارت مطالبته كمطالبة المحيل . ومثله يقال فيما اذا احال الراهن المرتهن على رجل (افاده الزيلعي)

قال ابن عابدين في حاشيته على البحر: لكن ترك ، يعني صاحب البحر ، الجواب عن الأول اه اقول : ويظهر لي انه ، اي الايراد الأول ، في الحقيقة غير وارد لأن ما انتقل بالحوالة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه انما هو دين المحتال الذي كان على المحيل قبل الحوالة ، فيصدق عليه التعريف وان كان مال المحيل عند المحال عليه وديعة .

واقول ايضاً : الأيراد العاشر ايضاً غير وارد على قول ابي يوسف ، لأنه قائل بأن الراهن له ان يسترد الرهن اذا احال المرتهن بالدين ، كما سمعته عن الزيلعي .

وفي الهندية عن المحيط السرخسي والكافي : واذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره يسترد الرهن وكذا لو احال بدينه فرهن : لا يصح الرهن اه ولو احال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها (بحر)

هذا وفي الفتح قد انكر هذا الخلاف بين الامامين بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد رحمه الله تعالى نص بنقل المطالبة دون الدين ، بل ذكر احكاماً متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين . واعتبرها في

بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين . وانما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين ، اذ الحوالة منبئة عن النقل وقد اضيف الى الدين ، واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة ، لان الحوالة تأجيل معنى . الا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين الى ذمة المحيل ، وهذا هو معنى التأجيل فأعتبر المعنى في بعض الاحكام ، واعتبر الحقيقة في بعضها اه .

المادة ٦٧٤ — ﴿ المحيل هو المديون الذي احال ﴾

المادة ٦٧٥ — ﴿ المحال له هو الدائن ﴾

ويقال له ايضاً محال ومحتال له ومحتال ، يعني يطلق عليه هذه الالفاظ الاربعة في الاصطلاح (درر) ويطلق عليه لفظ الحويل كما يطلق على المحال عليه ، كما في الفتح والبحر .

لكن في شرح مسكين على الكنز عن المغرب : وقولهم للمحتال « المحتال له » لغو لا حاجة الى هذه الصلة . ونقله في رد المحتار عن المعراج ، ثم اجاب عنه بما فيه نظر وتأمل ، فليراجع .

وعبارة الفتح ، كما (ط) : واما صلة « له » مع المحتال الفاعل ، يعني القابل للحوالة ، فلا حاجة اليها . بل الصلة مع المحال عليه لفظة «عليه» فهما محتال ومحتال عليه ، فالفرق بينهما بعدم الصلة ، وبصلة عليه اه .

المادة ٦٧٦ — ﴿ المحال عليه هو الذي قبل عَلَى نفسه الحوالة ﴾

المادة ٦٧٧ — ﴿ المحال به هو المال الذي احيل ﴾ .

المادة ٦٧٨ – ﴿ الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه او في يده ﴾

المادة ٦٧٩ – ﴿ الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه ﴾

= الباب الاول =

﴿ في بيان عقد الحوالة وينقسم الى فصلين ﴾

= الفصل الاول =

(في بيان ركن الحوالة)

المادة ٦٨٠ – ﴿ لو قال المحيل لدائنه حولتك على فلان وقبل الداين تنعقد الحوالة ﴾

حاصل ما ذكر في هذا الفصل انه لا بد لانعقاد الحوالة من ايجاب وقبول ، اما بين المحيل والمحال له ، وهو الدائن ، بأن يصدر الايجاب من المحيل والقبول من المحال له ، او بالعكس . وفي هذه الصورة تنعقد الحوالة موقوفة على رضا المحال عليه ولو كان غائباً عن المجلس ، ولا يشترط حضوره مجلس العقد .
واما بين المحال له والمحال عليه ، بأن يصدر الايجاب من المحال له والقبول من

المحال عليه ، او بالعكس ، وفي هذه الصورة لا يشترط حضور المحيل مجلس العقد اتفاقاً . لكن هل يشترط رضاه ولو غائباً عن المجلس ؟ على رواية القدوري يشترط ، وعلى رواية الزيادات ، لا .

واما بين المحيل والمحال عليه بأن يصدر الايجاب من المحيل والقبول من المحال عليه ، او بالعكس . وفي هذه الصورة يشترط رضى المحال له في مجلس العقد . حتى لو كان غائباً عن المجلس ، لا تصح ، وان رضي — الا اذا رضي عنه في المجلس نائب ولو فضولياً ، ثم اجاز . وهذا عندهما ، وهو الصحيح . وقال ابو يوسف : تصح اذا رضي غائباً عن المجلس .

وقد تكلفت هذه المادة بيان الصورة الاولى من الصور الثلاث المذكورة .

المادة ٦٨١ - ﴿ يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه . مثلاً لو قال احد لآخر خذ حوالة عليك دبني الذي هو على فلان فقال الآخر قبلت او قال اقبل علي حوالة دينك الذي على فلان وقدره كذا فقبل تصح الحوالة حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته ﴾

هذه هي الصورة الثانية من الصور الثلاثة التي لخصناها في شرح المادة (٦٨٠) وسكتت عن اشتراط رضى المحيل ، اشارة الى اختيار رواية الزيادات من انه لا يشترط رضاه ، وهي الصحيحة ، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرّف في حق نفسه . وهو ، اي المحيل ، لا يتضرر به ، بل فيه نفعه عاجلاً باندفاع المطالبة عنه في الحال ، وآجلاً بعدم الرجوع عليه ، لأنه لا يرجع عليه الاّ بالامر ، وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره (فتح)

ومقابلها رواية القدوري انه يشترط رضاه ، لأن ذوي المروآت قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين ، فلا بد من رضاه ، لكن هذه الرواية غير مختارة

بل ذكر في الدر نقلاً عن ابن الكمال : وكذا في البحر نقلا عن ايضاح الاصلاح ان القدوري انما اشترط رضى المحيل للرجوع عليه ، فلا اختلاف في الرواية ، اي رجوع المحال عليه على المحيل - او لسقوط الدين الذي للمحيل على المحال عليه . اما بدون الرضى ، فلا رجوع ولا سقوط (رد المحتار)

وعبارة البحر عن السراج الوهاج : والحاصل انها ان كانت بغير رضي المحيل وكان له دين على المحال عليه ، فله مطالبته بدينه وان لم يكن له دين عليه ، فلا رجوع عليه للمحال عليه ، لانه قضى دينه بغير امره اه

المادة ٦٨٢ - ﴿ الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال له لا تصح ولا تتم الا بعد اعلام المحال عليه وقبوله . مثلاً لو احال دائنه على آخر وهو في ديار اخرى فبعد اعلام المحال عليه ان قبلها تتم الحوالة ﴾

لأن انعقادها موقوفة على رضاه المحال عليه ، كما قدمناه في شرح المادة (٦٨٠) وهذه المادة كالتكملة لتلك .

وإنما اشترط رضاه المحال عليه في هذه الصورة ، لأنه الذي يلزمه الدين ، ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونًا للمحيل ، لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر (فتح)

قلت نقل السائحاني عن لقطة البحر : : اذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضي ، لها ان تحيل على الزوج بلا رضاه اه (كذا في رد المحتار) فكأن هذه المسئلة مستثناة .

وفي قول هذه المادة « وهو في ديار اخرى » اشارة الى ان المشروط رضى المحال عليه ، لا حضوره مجلس العقد . وهو الذي قدمناه في شرح المادة (٦٨٠)

المادة ٦٨٣ = ﴿ الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد

موقوفة على قبول المحال له · مثلاً لو قال احد لآخر خذ عليك حوالة دبني الذي بذمتي لفلان وقبل ذلك تنعقد الحوالة موقوفة · فاذا قبلها المحال له تنفذ *

هذه هي الصورة الثالثة من الصور الثلاثة التي لخصناها في شرح المادة (٦٨٠) والايجاب فيها من المحيل · وقد يكون الايجاب فيها من المحال عليه بأن يقول احل علي فلاناً بدينه الذي له عليك ، فيقول المحيل فعلت ·

وانما اشترط رضاء المحال له لان الدين حقه ، وهو الذي ينتقل بالحوالة · والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل ، فلا بد من رضاه والا لزمه الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (كذا في الفتح)

هذا وقدمنا في شرح المادة (٦٨٠) انه كما يشترط رضى المحال له يشترط حضوره مجلس عقد الحوالة عندهما ، خلافاً لأبي يوسف · قال في رد المحتار : فتلخص من كلام الخانية ان الشرط قبول المحتال له في المجلس ، ورضي المحال عليه ولو غائباً ، وهو ما لخصه في النهر · وظاهره ان خلاف ابي يوسف في المحتال فقط ، فعنده لا يشترط حضرته بل يكفي رضاه كالمحال عليه وانه لا خلاف في المحال عليه في ان حضرته غير شرط اه ·

وقد علمت ان الصحيح قولهما · لكن سكوت هذه المادة عن اشتراط حضور المحال له في مجلس العقد لعله مشعر باختيار قول ابي يوسف ، تسهيلاً لأمور الناس في امر الحوالة التي هي كثيرة الوقوع ، لا سيما في البوليجة · حينئذٍ فلو انعقدت الحوالة بين المحيل والمحال عليه في غيبة المحال له ثم بلغه فرضي ، تصح الحوالة وتتم ، كما تتم اتفاقاً لو انعقدت بين المحيل والمحال له في غيبة المحال عليه اذا بلغه فرضي ، تأمل ·

= الفصل الثاني =

﴿ في بيان شروط الحوالة ﴾

المادة ٦٨٤ — ﴿ يشترط في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال له عاقلين وكون المحال عليه عاقلا بالغاً فكما ان احالة الصبي غير المميز دائنه على آخر وقبول الحوالة لنفسه من آخر باطل فكذلك الصبي مميزاً او غير مميز مأذوناً او محجوراً اذا قبل الحوالة على نفسه من آخر تكون باطلة ﴾

المادة ٦٨٥ — ﴿ يشترط في نفوذ الحوالة كون المحيل والمحال له بالغين . بناء عليه حوالة الصبي المميز وقبوله الحوالة لنفسه موقوفة على اجازة وليه فان اجازها تنفذ . وبصورة قبوله الحوالة لنفسه يشترط كون المحيل عليه املأ يعني اغنى من المحيل وان اذن الولي ﴾

قال في البحر : واما شرائط الحوالة ، ففي المحيل العقل ، فلا تصح احالة مجنون وصبي لا يعقل — والبلوغ ، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد ، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفة على اجازة وليه ، كالبيع ، لان فيها معنى المبادلة .

واما حريته فليست شرطاً للصحة ، فتصح حوالة العبد مأذوناً او محجوراً . غير انه اذا كان مأذونة ، رجع المحال عليه للحال ، والا فبعد العتق . وكذا صحته ، فتصح من المريض .

ومنها رضى المحيل ، حتى لو كان مكرهاً في الحوالة لم تصح ، لانها ابراء فيه

معنى التمليك ، فيفسده الاكراه .

وفي المحتال العقل والبلوغ ، على انه شرط نفاذ فيصح احتياله موقوفًا على اجازة وليه ، ان كان الثاني املى اي اغنى من الأول . وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم ، لا تصح الا بهذا الشرط .

ومنها الرضى ، حتى لو احتال مكرهًا لا تصح .

ومنها مجلس الحوالة ، وهو شرط الانعقاد في قولهما ، خلافًا لأبي يوسف ، فإنه شرط النفاذ عنده . فلو كان المحتال غائبًا عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز ، لم ينعقد عندهما ، خلافًا له . والصحيح قولهما .

واما شرائط المحال عليه ، فالعقل ، فلم يصح من مجنون وصبي لم يعقل قبولها ، والبلوغ فلم يصح من صبي قبولها مطلقًا ، سواء كانت بأمر المحيل او بدونه ، لكونها مع الامر تبرعًا ابتداء ، وبدونه تبرعًا ابتداء وانتهاء . ولو قبل عنه وليه لم يصح ، لكونه من المضار ، فلا يملكه الولي .

ومنها الرضى . فلو اكره على قبولها ، لم تصح .

واما شرائط المحتال به فأن يكون دينًا لازمًا الخ اه .

وفي كتاب جامع احكام الصغار آخر عقيب كتاب الكفالة : اذا احتال الوصي بمال اليتيم ، يجوز ، لكن يشترط ان يكون الثاني املأ من الأول . وان كان مثله لا يجوز . وذكر القاضي فخر الدين رحمه الله تعالى في الفصل الأول من بيوع فتاواه : الأب والوصي اذا قبلا الحوالة على شخص دون المحيل في الملاءة ، ان وجب بعقدهما ، جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، ولا يجوز عند ابي يوسف رحمه الله . وان لم يكن واجبًا بعقدهما ، لا يصح في قولهم جميعًا .

وذكر صدر الأسلام ابو اليسر رحمه الله في باب الخلع من المبسوط في حيلة هبة صداق الصغيرة ، ان الأب يحتال على نفسه شيئًا فتبرأ ذمة الزوج عن ذلك القدر . قال : ولو كان الأب مثل الزوج في الملاءة ، ينبغي ان يصح ايضًا . وقد ذكرناه في مسائل النكاح من هذا الكتاب ، والله اعلم اه .

المادة ٦٨٦ — ❊ لا يشترط ان يكون المحال عليه مدبونًا للمحيل

فتصح حوالته وان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه ﴾

وانما يشترط ان يكون للمحال له دين على المحيل . ولذا قال في الخلاصة: رب الدين اذا احال رجلاً على غريمه وليس للمحتال له على المحيل دين ، فهذه وكالة وليست بحوالة اه .
وفي القنية : احال عليه مأية من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شيء ولا للمحتال على المحيل شيء ، فقبل المحتال عليه ذلك ، لا شيء عليه اه .

المادة ٦٨٧ — ﴿ كل دين لم تصح به الكفالة لا تصح الحوالة به ﴾

كذا في الهندية . وفيها عن الخلاصه : في الموضع الذي كانت فيه الحوالة فاسدة اذا ادى المحتال عليه المال ، هو بالخيار ، ان شاء رجع على القابض وان شاء رجع على المحيل اه .

المادة ٦٨٨ — ﴿ كل دين تصح به الكفالة تصح الحوالة به لكن يلزم ان يكون المحال به معلوماً فلا تصح حوالة الدين المجهول . مثلا لو قال قبلت دينك الذي سيثبت على فلان لا تصح الحوالة ﴾

كذا في البزازية . والتقييد بالدين لاخراج العين ، فإن الحوالة لا تصح بها لأن النقل الذي تضمنته ، نقل شرعي ، وهو لا يتصور في الاعيان ، بل المتصور فيها النقل الحسي ، فكانت نقلا للوصف الشرعي وهو الدين (فتح)
قال في الشرنبلالية : يرد عليه ما سيذكره من انها تصح بالدراهم الوديعة اذ ليس فيها نقل الدين ، وكذا الغصب على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة

مخلص . ودفع الايراد بأن الحوالة بالوديعة ، وكالة حقيقة اه قلت : فيه نظر لما سيأتي في الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها ، انه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل . ولا يخفى ان الوكالة حقيقة تنافي ذلك . فالصواب في دفع الايراد ان النقل موجود ، لان المديون اذا احال الداين على المودع فقد انتقل الدين عن المديون الى المودع وصار المودع مطالباً بالدين كأنه في ذمته ، فكانت حوالة بالدين لا بالعين . نعم لو احال المودع رب الوديعة بها على آخر كانت حوالة بالعين ، فلا تصح (كذا في رد المحتار)

اقول: قدمنا في شرح المادة (٦٧٣) عن البحر انه اورد على تعريف الحوالة بأنها نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى على قول ابي يوسف عشرة اشياء ، اولها ان التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة ، اذ ليس فيها دين انتقل الى المحال عليه . واجبنا عنه هناك بعين ما اجاب به المؤلف هنا قبل ان اراه ولله الحمد ، فليراجع .

ومما لا تجوز به الحوالة لكون الحوالة فيه بالعين ، ما اذا آجر ناظر الوقف وصارت الغلة في يده ثم احال بعض المستحقين باستحقاقه منها على رجل آخر ، لا تصح ، لان الغلة صارت امانة في يد الناظر ملكاً للمستحقين لهم مطالبته بها ، فكانت حوالة بالعين لا بالدين - الا اذا كان الناظر استهلكها او خلطها بماله ، فتصير ديناً في ذمته فتصح الحوالة ، لأنها حوالة بالدين لا بالعين (افاده في رد المحتار وتمام تحقيقه فيه)

المادة ٦٨٩ — ✻ كما تصح حوالة الديون المترتبة في الذمة اصالة كذلك تصح حوالة الديون التي تترتب من جهتي الحوالة والكفالة ✻

فلو احال الكفيل الطالب على آخر صحت الحوالة وبرأ الكفيل والأصيل ، كما تقدم في المادة (٦٦٩) وكذا اذا احال المحال عليه المحال له على آخر ، جاز ايضاً ، وبرأ المحال عليه لكن براءة موقتة بعدم التوى . ولو ان المحال عليه الأول

احاله على الذي عليه الأصل برأ المحال عليه الأول . فإن توى المال على الذي عليه الأصل ، لا يعود على المحتال عليه الأول ، كما في رد المحتار عن الذخيرة .

= الباب الثاني =
(في بيان احكام الحوالة)

المادة ٦٩٠ — ❋ حكم الحوالة هو كون المحيل وكفيله ان كان له كفيل بريئين من الدين والكفالة . و يثبت حق طلب ذلك الدين من المحال عليه للمحال له ❋

يعني ان المحيل برأ من الدين، والكفيل برأ من الكفالة ، اي موجبها ، وهي المطالبة . لكن اذا احال الأصيل الطالب، برأ مطلقاً ، كما قدمناه عن البحر . وان احال الكفيل المكفول له، فإن نص على براءة نفسه، برأ هو فقط عن المطالبة . وان اطلق الحوالة، برأ الأصيل ايضاً (نهر)

وفي حاشية البحر للرملي : يؤخذ من براءة المحيل ان الكفيل لو احال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله ، برأ . وهي واقعة الفتوى اه وأطال في الاستشهاد له (افاده في رد المحتار)

ثم ان البرائة التي هي حكم الحوالة ليست براءة مطلقة ، وانما هي مقيدة بعدم التوي . حتى لو مات المحيل لا يأخذ المحتال الدين من تركته ، ولكنه يأخذ كفيلا من ورثته او من الغرماء ، مخافة ان يتوى حقه (ط عن شرح المجمع)

وانما كانت براءة المحيل مقيدة بعدم التوى ، لأن المقصود من شرع الحوالة وصول الطالب الى حقه بالاستيفاء من الثاني ، لا مجرد الوجوب ، لأن الذمم لا

تختلف في نفس الوجوب ، وانما تختلف في الايفاء . ولأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بأحالته ، فاذا فات الخلف رجع على الأصل (افاده الزيلعي) ولهذا يثبت بالحوالة للمحال له طلب ذلك الدين من المحال عليه دون المحيل ، الا اذا توى المال على المحال عليه ، لأن البراءة مقيدة بالسلامة كما علمت . والتوى وزان حصى ، وقد يمد كما في المصباح ، يكون بأحد امرين : اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل ولا للمحال له ، او يموت مفلساً بأن لم يترك مالا عيناً ولا ديناً ولا كفيلا ، لأن التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ، ويتحقق ذلك بهما .

ولو فلسه الحاكم ، اي قضى بافلاسه بعد ما حبسه ، لا يكون توى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقالا هو توى ، لأنه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما ، فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته مفلساً .

ولأبي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته ، وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع . الا ترى انه لو تعذر بغيبة المحتال عليه ، لا يرجع على المحيل ؟ وهذا لأن التوى في الدين لا يتصور حقيقة ، وانما يكون ذلك حكماً بخروج محله عن ان يكون محلا صالحاً للوجوب بموته مفلساً او بالجحود ، ولأن الافلاس لا يتحقق عنده لأن المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيراً ويصبح غنياً ، و بالعكس . ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم بأن مات له قريب يرثه ، زيلعي . قال في رد المحتار : وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً تصحيح قول الامام : ونقل تصحيحه العلامة قاسم ولم ار من صحح قولهما اه .

وفي رد المحتار ما نصه : وفي الهندية عن المحيط : لو كان القاضي يعلم ان للميت ديناً على مفلس ، فعلى قول الامام لا يقضي ببطلان الحوالة اه لأن الافلاس ليس بتوى عنده لاحتمال ان يحدث له مال فيكون المحال عليه قد ترك مالاً حكماً وهو ما على مديونه المفلس اه ثم لا بد من ان يكون ما تركه المحال عليه من الدين والعين يفي بالمحال به وكذا الكفيل لا بد ان يكون كفيلا بجميعه . فلو ترك ما يفي بالبعض او كفل بالبعض ، فقد توى الباقي . وكذا اذا مات المحال عليه مديوناً وقسم ماله بين الغرماء و بين المحال له بالحصص ، فقد توى الباقي بعد ما خصه (افاده في رد المحتار) ولو لم يكن له كفيل ولكن رجل تبرع

ورهن به رهناً ثم مات المحال عليه مفلساً ، عاد الدين الى ذمة المحيل . ولو كان مسلطاً على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه ، بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن (خلاصة)

وفي حكم التبزع بالرهن ما لو استعار المطلوب شيئاً ورهنه عند الطالب ثم مات مفلساً (كذا في الشرنبلالية عن الخانية)

ثم ان ما تقدم من ان المحتال لا يرجع على المحيل الا بالتوى ، مقيدٌ بما اذا لم يشترط الخيار للمحال له او لم يفسخها المحيل والمحال له . اما اذا جعل للمحال له الخيار او احاله على ان له ان يرجع على ايهما شاء ، صح (بزازية)

وكذا اذا فسخت رجع المحتال على المحيل بدينه . ولذا قال في البدائع ان حكمها ينتهي بفسخها او بالتوى . وفي البزازية : والمحيل والمحال له يملكان النقض فيبرأ المحال عليه .

وفي الذخيرة : اذا احال المديون الطالب على رجل بألف او بجميع حقه وقبل منه ثم احاله ايضاً بجميع حقه على آخر وقبل منه ، صار الثاني نقضاً للاول ، وبرأ الاول اه (بحر)

قلت وكذا تبطل لو احال البائع على المشتري بالثمن ثم استحق المبيع او ظهر انه حر ، لا لو رد بعيب ولو بقضاء (افاده في رد المحتار) وفيه اختلف المشايخ في كيفية عود الدين بالتوى ، فقيل بفسخ الحوالة اي بفسخها المحتال كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيباً ، وقيل تنفسخ بنفسها ، كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وقيل في الموت تنفسخ وفي الجحود لا تنفسخ . اه مختصراً .

وان اختلفا في موت المحال عليه مفلساً بأن قال المحال له مات بلا تركة وقال المحيل عن تركة ، وكذا في موته قبل الأداء وبعده بأن قال المحيل بعد اداء الدين وقال المحال عليه بل قبله وتوى حقي فلي الرجوع ، فالقول للمحال له مع يمينه على نفي العلم ، بأن يحلف انه لا يعلم يساره في المسئلة الاولى . واما في الثانية ، فعلى البتات ، لكونه على فعل نفسه ، وهو القبض .

وانما كان القول قوله لتمسكه بالأصل ، وهو العسرة ، في المسئلة الاولى ، وعدم الأداء في الثانية (افادة في الدر وحواشيه)

ثم اعلم ان ما تقدم من ان التوى يكون بأحد امرين عند ابي حنيفة ، انما هو في

الحوالة المطلقة . اما الحوالة المقيدة بالوديعة ، مثلاً فيزاد ثالث ، وهو هلاك الوديعة او استحقاقها ، كما سيأتي (رد المحتار) .

﴿ فروع ﴾

لو احال الطالب غريمه بالمال على الكفيل ، يبرأ الكفيل من الطالب وللطالب ان يطالب المكفول عنه ، وللكفيل ان يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة . فأن استوفى المحتال له المال من الكفيل برأ المكفول عنه ولا يرجع بما ادى على المحيل ، ولكن يرجع على المكفول عنه . وان ادى المكفول عنه المال الى المحيل قبل ان يؤدي الكفيل الى المحتال له ، لم يكن للكفيل على المكفول عنه سبيل ، لكنه يأخذ المحيل حتى يخلصه من الحوالة ، ولا يبرأ الكفيل من حق المحتال له . فأن ادى الكفيل الى المحتال له بعد ذلك كان له ان يرجع على المحيل دون الأصيل (هندية)

وفيها : ولو ظهر للميت مال كان له كدين له على ملي ، او وديعة عند رجل او مدفون ولم يعلم به القاضي يوم موته حتى قضى ببطلان الحوالة وبعود الدين الى المحيل ، رد القاضي قضاءه فبعد ذلك ان لم يكن المحتال له اخذ شيئاً من المحيل ، رجع بدينه في المال الذي ظهر للمحتال عليه . وان كان قد اخذ شيئاً من المحيل ، رد عليه ما اخذه اه .

رجل احال رجلاً على رجل بمال فغاب المحتال عليه بعد ذلك ثم جاء المحتال له وقال جحدني المحتال عليه ان يكون لي عليه شيء ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : لا يصدق المحتال له . وان اقام البينة انه جحده ، لا تقبل البينة ، لأن المشهود عليه غائب (خانية)

زعم المديون انه كان احال الداين على فلان وقبله وانكره الطالب ، سأل الحاكم المديون البينة على الحوالة : ان احضرها او المحال عليه حاضر ، قبلت وبرأ المديون . وان غائباً ، قبلت في حق التوقيف الى حضور المحتال عليه ، فان حضر واقر بما قال المديون ، برأ ، والا امر باعادة البينة عليه . وان الشهود ماتوا اوغابوا ، حلف المحتال عليه . وان لم يكن للمديون بينة وطلب حلف الطالب بأنه ما احتال

على فلان بالمال ، حلفه . فان نكل برأ المطلوب (كذا في البزازية .)

﴿ واذا احال المرتهن احداً على الراهن لا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه ﴾

لأن مطالبته سقطت وانتقلت لمن احاله ، والذي انتقلت اليه لم يكن مرتهناً حتى يحبس الرهن بدينه . ومثله ما اذا احال البايع غريمه على المشتري بالثمن ، فإنه يسقط حق حبسه المبيع . وكذا اذا احالت المرأة غريمها على الزوج بالمهر ، فإنه يسقط حق حبسها نفسها ، لما قلنا من سقوط حق مطالبة المحيل .

وهذا بخلاف العكس في المسايل الثلاث ، وهو ما لو احال الراهن المرتهن على آخر ، او المشتري البايع على آخر او الزوج المرأة على آخر ، فإن حق الحبس لا يسقط ، لبقاء حق المطالبة على المحال عليه ، وهو كالنائب عن المحيل ، كما قدمناه في شرح المادة (٦٧٣) عن الزيلعي : وهذا عند محمد رحمه الله تعالى . وقال ابو يوسف يسقط حق الحبس كما في الوجه الأول ، لبرائة ذمة المحيل من الدين .

قال العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر : قال الرملي : وفي منية المفتي احال الغريم المرتهن بالمال على رجل ، فللمرتهن منع الرهن حتى يقبض في اصح الروايتين . والمرتهن ان احال غريماً له على الراهن ، لم يكن له منع الرهن اه ومثله في حاشية الشمني على الزيلعي نقلاً عن التتارخانية عازياً للسراجية .

والحاصل ان المحيل لو كان هو المرتهن او البايع او المرأة ، يبطل حق الحبس اتفاقاً لسقوط حق مطالبة المحيل . ولو كان هو الراهن او المشتري او الزوج ، فعند ابي يوسف يبطل ايضاً لبراءة ذمة المحيل من الدين ، لأن الحوالة نقل الدين عنده . وعند محمد لا يبطل حق الحبس ، لبقاء حق المطالبة على المحال عليه وهو نائب عن المحيل . وقد علمت ان قول محمد هو اصح الروايتين وان كان الصحيح قول ابي يوسف ان الحوالة نقل الدين . وتقييد هذه المادة الحكم بكون المرتهن هو المحيل ، يشير الى ان جمعية المجلة اختارت قول محمد رحمه الله تعالى ، فافهم .

المادة ٦٩١ — ﴿ لو احال المحيل حوالة مطلقة فأن لم يكن له عند

المحال عليه دين يرجع المحال عليه على المحيل بعد الأداء . وان كان له دين على المحال عليه يكون تقاصاً بدينه بعد الأداء ※

وحاصله ان الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة . فالمقيدة ان يقيدها بدين له عليه او وديعة او عين وديعة له عنده او غصب او نحوه . والمطلقة ان يرسلها ارسالاً ولا يقيدها بواحد مما ذكر ، سواء كان له دين على المحال عليه او عنده عين له او لا بأن قبلها متبرعاً . والكل جائز ، لأنه في المقيدة وكيل في الدفع ، وفي المطلقة متبرع . وحكم المطلقة ان لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين . وللمحال عليه الرجوع على المحيل بعد ادائه ان كانت برضاه . ولو كان الدين مؤجلا في حق المحيل تأجل في حق المحال عليه . ولا يحل بموت المحيل ويحل بموت المحال عليه اه (بحر)

وفي الهندية عن الكافي : وللمحيل ان يقبض دينه ووديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة بأخذه . فلو مات المحيل قسم دينه ووديعته وغصبه الذي قبل المحال عليه بين غرمائه دون المحال له اه وفي الخلاصة عن التجريد : لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فاحال به مطلقاً ولم يشترط في الحوالة ان يعطيه مما عليه ، فالحوالة جائزة ودين المحيل بحاله لحوله ان يطالبه به . ومثله في البزازية . ومقتضاه انها لا تكون مقيدة ما لم ينص على الدين (كذا في رد المحتار)

المادة ٦٩٢ - ※ ينقطع حق مطالبة المحيل المحال به في الحوالة المقيدة وليس للمحال عليه ان يعطي المحال به للمحيل وان اعطاه يضمن وبعد الضمان يرجع على المحيل ※

قال في الفتح : وحكم المقيدة في هذه الأقسام الثلاثة ، يعني المقيدة بعين امانة او مغصوبة او بدين خاص ، ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين ، لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب بها ، وهو استيفاء

دينه منه على مثال الرهن ، واخذ المحيل يبطل هذا الحق ، فـلا يجوز . فلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ، ضمنه للطالب لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال ، كما اذا استهلك الرهن احد يضمنه للمرتهن ، لأنه يستحقه اه .

﴿ ولو توفي المحيل قبل الاداء وكانت ديونه ازيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به ﴾

بل يختص بـه المحتال ، وبه قال زفر ، وهو القياس ، لأن حقه متعلق به حال حياة المحيل ، والمحيل كالأجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه ، فصار كالخارج عن ملكه ، فلا تقضي به ديونه . ولئن كان ملكه ثابتاً ، فتعلق حق المحتال به سابق ، فصار كالمرهون يختص به المرتهن ، لتعلق حقه سابقاً على حقهم — وكدين الصحة ، يقدم على دين المرض ، لما قلنا .

وقال ائمتنا الثلاثة : اذا مات المحيل كان الدين والعين المحتال بهما بين غرمائه بالحصص ، لان هذا مال المحيل لم يملكه المحتال ، لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل ، لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين المحيل ، ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ، ولم يثبت عليه ايضاً يد الاستيفاء ، لأن ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور .

وانما لم يكن للمحيل ان يأخذه ، لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليتملك ما في ذمته ، او ليوفي من ذلك المال . فلو اخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة ، بخلاف الرهن ، لانه ثبت عليه يد الاستيفاء ، ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن ، فكان هو احق بـه .

وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة ، لأن دينه تحول الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل ، كما اذا كانت الحوالة مطلقة ، وانما ثبت له حق المزاحمة لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال ، فاذا اخذ منه ذلك المال ، فات الرضا بالحوالة ، فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل عَلَى ما كان قبل الحوالة بخلاف ما اذا كانت مطلقة ، لأن المحيل بالحوالة برأ من دين المحتال وصار المحتال من غرماء المحال عليه ، فلم يتعلق له حق بماله ، فلا يزاحم غرماء المحيل .

واذا قسم الدين بين غرماء المحيل اي في المقبدة ، لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء ، لأن الدين الذى على المحال عليه صار مستحقاً فليس له ان يرجع عليه به ، كما لو استحق الرهن ، ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة ، لأنه صار تاوياً فلا يرجع به على احد اه (زيلعي مع قليل اختصار)

وانت خبير بأن كتب المذهب قاطبة متوناً وشروحاً وفتاوى آخذة بقول ائمتنا الثلاثة لأنه الاستحسان ، وهو المذهب . فلعل جمعية المجلة قد اخذت بقول زفر الذي هو القياس ، لحكمة اقتضتها ظروف الزمان ، فليتنبه .

ثم هذا كله اذا مات المحيل قبل ان يؤدي المحال عليه للمحتال . اما لو مات بعده ، فان كان الاداء حال صحة المحيل ، فلا خلاف في ان المحال له اولى من سائر الغرماء . وان كان في حال مرضه ، فان كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه ، فلم يؤد المحال عليه المحال به حتى مرض المحيل فادى المحتال عليه ثم مات المحيل في مرضه ، فكذلك الحكم ، وهو ان المدفوع سلم للمحتال وليس للغرماء في ذلك حق ، كما صرح به في الخلاصة .

رجل عليه الف درهم دين احال بها الطالب على رجل على ان يؤدي من الالف التي له عليه ، فلم يؤد المحتال عليه حتى مرض المحيل وادى المحتال عليه ثم مات المريض من مرضه وعليه ديون ، ولا مال له سوى ذلك الالف التي على المحتال عليه ، سلم الالف للمحتال له وليس للغرماء في ذلك حق ، وهو غريم المحتال عليه لا غريم المحيل مو المحتال عليه باداء الالف من غرماء المحيل ، وصار مستوفياً الالف الذي في ذمته بدينه ، فلا يختص به بل يشاركه فيه الغرماء وسلم له حصته اه .

وان كانت الحوالة مقيدة بوديعة كانت للمحيل عند المحتال عليه ، او غصب فرض المحيل فدفع المحتال عليه الوديعة او نحوها الى المحتال له ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة ، فالمودع لا يضمن شيئاً لغرماء المحيل ، ولكن لا تسلم الوديعة للمحتال له بل تكون بينه وبين غرماء المحيل بالحصص ، كما صرح به في الخانية .

وانظر هل يجري هنا خلاف زفر الذي اخذت به المجلة فيختص به المحال له ؟ — الظاهر نعم ، لأنه اذا اختص به قبل الدفع ، فبعده اولى .

﴾ تنبيه ﴿

ذكر الشارح سليم باز في شرح هذه الفقرة نقلا عن رد المحتار انه لو كانت الحوالة مطلقة ، اى والمسئلة بحالها ، فالمحتال اسوة للغرماء عند الكل . ثم استظهر ان جمعية المجلة لم تخالف الأئمة الثلاثة الا في الحوالة المقيدة فقط . وفيه نظر ، لأن ما نقلناه آنفاً عن الزيلعي صريح في ان المحتال في الحوالة المطلقة لا يزاحم غرماء المحيل . وقدمنا في شرح المادة (٦٩١) عن الهندية معزياً للكافي ، التصريح بذلك ايضاً . ووجهه ظاهر ، وهو ان دينه الذي كان على المحيل تحول الى ذمة المحال عليه وبرئت ذمة المحيل منه ، وصار هو من غرماء المحال عليه ، فكيف يزاحم غرماء المحيل ؟ نعم ذكر في رد المحتار ما نصه: تنبيه : ما ذكر من القسمة ، يعني قسمة الدين المحال به بين غرماء المحيل وكون المحال له اسوة الغرماء في الحوالة المقيدة يعلم منه بالاولى ان الحوالة المطلقة كذلك ، كما صرح به في الخلاصة والبزازية . وصرح في الحاوي ببطلان الحوالة بموت المحال عليه . وقدمنا عن الكافي ان ما بقي للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل وانه لو مات المحيل مديوناً فما قبضه المحتال فهو له ، وما بقي يقسم بينه وبين الغرماء اه

ولا يذهب عليك ان المحال له في الحوالة المطلقة لا رجوع له على المحيل الا عند التوى ، فكيف يكون المحال اسوة لغرماء المحيل فيما للمحيل على المحال عليه من دين او عنده من وديعة مع انه لا تعلق له به اصلاً ، كما تقدم صريحاً مراراً ؟ فلا بد ان يكون ما في رد المحتار محمولا على ما اذا توى المال على المحال عليه بموته مفلساً ثم مات المحيل عما له على المحال عليه او عنده من دين او وديعة ، فان المحال حينئذ يصير من غرماء المحيل ، فيكون اسوة لهم . ويؤيد هذا الحمل قوله « وصرح في الحاوي الخ » فان بطلان الحوالة المطلقة بموت المحال عليه مفلساً لا مطلقاً كما هو ظاهر ، وكذا ما قدمه عن الكافي صريح في ان ما بقي للمحتال بعد قسمة تركة المحال عليه يرجع به على المحيل لأنه تاو .

والحاصل انه لو كان لرجل على آخر او عنده دين او وديعة ثم احال غريمه عليه حوالة مطلقة ، فالدين او الوديعة باق على ملك المحيل ، لا تعلق لاحد فيه .

فاذا مات المحال عليه مفلساً بطلت الحوالة وصار الدين او الوديعة تركةً للمحيل .
فان لم يترك غير ذلك وعليه ديون لغير المحال له ، كان المحتال اسوة لهم فيه قطعاً .
وان مات المحيل ، والمحتال عليه حي ، والمسئلة بحالها ، فالمحتال لا يزاحم غرماء المحيل ، اذ لا دين له عليه ، لأن دينه انتقل الى ذمة المحال عليه ، ولم يتو المال حتى يكون الرجوع بالحوالة . و كذا اذا لم يكن عليه دين فلورثته قسمته بينهم .
نعم له ان يأخذ كفيلاً من الورثة او من الغرماء مخافة ان يتويَ حقه ، كما قدمناه في شرح المادة (٦٩٠) عن الطحطاوي معزياً لشرح المجمع .

واما لو كانت الحوالة مقيدة بما على المحال عليه من دين او وديعة ومات المحيل وعليه ديون ، فقد بطلت الحوالة حيث صار الدين او الوديعة مستحقاً للغرماء ، وصار المحال له من جملة غرماء المحيل . فعلى قول ائمتنا الثلاثة . وهو الاستحسان وعليه عامة الفقهاء متوناً وشروحاً وفتاوى ، يكون المحال اسوة لغرماء المحيل في ذلك الدين او الوديعة . وعلى قول زفر ، وهو القياس وبه اخذت جمعية المجلة كما صرحت به هذه المادة ، يختص به المحتال باعتبار ان الدين او الوديعة كالرهن .

هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المقام بعد تصفح كتب المذهب مع التأمل التام ، وبه يندفع التعارض واللوم عن عبارات القوم ، فافهم واغنم .

المادة ٦٩٣ = ❊ لا تبطل الحوالة المقيدة بأن تؤدى مما في ذمة المشتري للبائع من ثمن المبيع اذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن او رد بخيار الشرط او خيار الرؤية او خيار العيب او اقيل البيع و يرجع المحال عليه بعد الاداء على المحيل يعني يأخذ ما اداه للمحال له من المحيل . اما لو تبين براءة المحال عليه من ذلك الدين بأن استحق وأخذ المبيع فتبطل الحوالة ❊

حاصل هذه المادة ان الحوالة المقيدة بدين للمحيل على المحال عليه لا تبطل

ان سقط ذلك الدين لامر عرض بعد الحوالة بأن احال البائع على المشتري بالثمن ثم هلك المبيع قبل ان يقبضه المشتري ، او رده قبل القبض او بعده بخيار روءية او عيب او شرط ، او تقايلا البيع ، فان الحوالة لا تبطل واذا دفعها المحال عليه للمحال له ، رجع على المحيل بما ادى ، لأنه قضي دينه بامره . وان بطل الدين على وجه تبينت فيه براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت فيه الحوالة بأن استحق المبيع في الصورة المذكورة ، تبطل الحوالة ويرجع المحال له على المحيل بدينه — وهذا بخلاف الحوالة المطلقة ، فانها لا تبطل بحال من الاحوال (رد المحتار عن الجوهرة)

والفرق ، كما في البحر ، ان في الأول سقط الدين بعد الوجوب ، فلم تبطل الحوالة . وفي الثاني ظهر عدم الوجوب وقت الحوالة ، فبطلت . ولو كان المحال عليه ادى الحوالة للمحال له قبل الاستحقاق ، فهو بالخيار . ان شاء رجع على المحتال القابض ، وان شاء رجع على المحيل .

وقال في المنح : وعلى هذا اذا باع الآجر المستأجر واحال المستأجر بالثمن ثم استحق المستأجر من يد المشتري وهو قد ادى الثمن الى المستأجر ، ان شاء رجع بالثمن على الموءجر المحيل ، وان شاء رجع على المستأجر القابض .

وفي الهندية : الموضع الذي كانت الحوالة فيه فاسدة اذا ادى المحتال عليه المال، هو بالخيار : ان شاء رجع على القابض،وان شاء رجع على المحيل (طحطاوي)

وفي المنتقى : رجل اشترى عبداً بألف درهم وقبضه ثم احال المشتري البائع بالثمن على غريمه من المال الذي له عليه ثم رد المشتري العبد بعيب بقضاء ، فان القاضي يبطل الحوالة . فان كان البائع اجل المحتال عليه بالمال ، فإن الأجل ينتقض ايضاً اذا كان الرد بحكم . وان كان الرد بغير حكم ، لا ينتقض ، والمشتري بالخيار : ان شاء اتبع البائع به حالاً ، وان شاء اتبع المحتال عليه الى اجله اه فقد فرق بين احالة البائع غريمه على المشتري وبين احالة المشتري البائع على غريمه، حيث لا تبطل في الأولى بالفسخ ، وتبطل في الثانية .

ولعل الفرق في الأولى تبين سقوط الدين عن المحال عليه بأمر عارض ، وهو الفسخ بالعيب . وفي الثانية ظهر ان المحيل ليس بمديون ، فكانت الحوالة بمعنى

الوكالة (افاده في البحر وحواشيه للعلامة بن عابدين)

قال في البحر : وقد وقعت حادثة الفتوى في المديون اذا باع شيئاً من دائنه بمثل الدين ثم احال عليه بنظير الثمن او بالثمن ، فهل تصح او لا ؟ - فأجبت : اذا وقعت بنظيره صحت ، لأنها لم تقيد بالثمن ، ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه . وان وقعت بالثمن ، فهي مقيدة بالدين ، وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء . وقدمنا ان الدين اذا استحق للغير ، فانها تبطل اه .

المادة ٦٩٤ — * تبطل الحوالة المقيدة بأن تعطى من مبلغ المحيل الذي هو في يد المحال عليه امانة اذا ظهر مستحق وأخذ ذلك المال ويعود الدين على المحيل *

المادة ٦٩٥ — * تبطل الحوالة المقيدة بأن تعطى من مبلغ المحيل الذي هو في يد المحال عليه امانة ان تلف ولم يكن مضموناً ويرجع الدين على المحيل *

ويثبت الهلاك بقوله (نهر) واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة ، كهلاكها ، كما في الخانية .

والمراد بالأمانة ما يعم الوديعة والعارية والموهوب اذا تراضيا على رده اوقضى القاضي به ، والعين المستأجرة اذا انقضت مدة الأجارة (رد المحتار)

ولو لم يعط المحتال عليه الوديعة وانما قضى من ماله ، كان متطوعاً قياساً . والاستحسان ان لا يكون متبرعاً ، وله ان يشارك غرماء المحيل في تركته وودبعته بقدر ما ادي . ولو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه ، صح التمليك ، لأنه لما كان له حق ان يتملكها ، كان له حق ان يُملكها اه (بحر) وقدمنا . هذا في شرح المادة(٦٩٠)

﴿وان كان مضموناً لا تبطل الحوالة . مثلا لو احال احدٌ دائنه على آخر عَلَى ان يؤدي من دراهمه التي هي عنده امانة ثم تلفت الدراهم قبل الاداء بـلا تعد تبطل الحوالة ويعود دين الدائن على المحيل واما لو كانت تلك الدراهم مغصوبة او امانة مضمونة بأتلافه فلا تبطل الحوالة﴾

قال في الفتح : ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب رد العين ، فان عجز رد المثل او القيمة . فاذا هلك المغصوب او اتلف المحال عليه الأمانة ، لا يبرأ ، لأن له خلفاً ، والفوات الى خلف كلافوات . فبقيت الحوالة متعلقة بخلفه ، فيرد خانه على المحتال اه نعم لو استحق المغصوب بطلت لعدم ما يخلفه (كما في الدرر رد المحتار)

المادة ٦٩٦ — ﴿لو احال احد دائنه على آخر على ان يبيع مالاً معيناً للمحيل ويؤدي الدين من ثمنه وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح ويجبر المحال عليه على بيع ذلك المال واداء دين المحيل من ثمنه﴾

ذكر المسئلة في الدرر والغرر ، فقال : احال غريمه على رجل على ان يعطيه من ثمن داره ، اي دار المحتال عليه ، فقبل ، صحت الحوالة لانه احال بما يقدر على ايفائه ، لأنه يملك بيعها ولا يجبر على البيع لعدم وجوب الاداء قبل البيع . ولو باع يجبر على الأداء ، لتحقق الوجوب . ولو احال على ان يعطي من ثمن دار المحيل ، لا تصح ، لأنه لا يقدر على بيعها الا اذا امره بالبيع فحينئذ تصح لوجود القدرة على البيع والأداء اه .

وفي رد المحتار ، بعد ان ذكر انه ؛اي المحتال عليه ، يجبر على البيع في بعض الروايات ، وفي بعضها لا يجبر : والتوفيق انه ان قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ليؤدي المال من ثمنها ، صحت الحوالة والشرط ، كما لو شرط

المرتهن بيع الرهن اذا لم يؤد الراهن المال ، فأنه يصح ولا يملك الرجوع من ذلك اه .

وانظر ما لو كان مشروطاً في الحوالة بيع دار المحال عليه في المسئلة الأولى ، هل يجبر على البيع ايضاً كما في الثانية ؟ لم اره الآن ، والظاهر انه يجبر ، فتأمل وراجع .

المادة ٦٩٧ — ﴿ يلزم المحال عليه تأدية الحوالة حالاً في الحوالة المبهمة التي لم يذكر تعجيلها ولا تأجيلها ان كان الدين معجلا على المحيل وعند حلول وعدتها ان كان مؤجلاً على المحيل لأنها تكون حوالة مؤجلة ﴾

قال في الفتح : تنقسم الحوالة المطلقة الى حالة ومؤجلة . فالحالة ان يحيل الطالب بألف هي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة ، لأن الحوالة لتحويل الدين ، فيتحول بصفته التي على الأصيل . والمؤجلة ان تكون الألف الى سنة فأحال بها الى سنة . ولو ابهمها ، لم يذكره محمد . وقالوا ينبغي ان تثبت مؤجلة ، كما في الكفالة . فلو مات المحيل ، بقي الأجل ، لا لو مات المحال عليه ، لاستغنائه عن الأجل بموته . فأن لم يترك وفاء ، رجع الطالب على المحيل الى اجله ، لأن الأجل سقط حكماً للحوالة ، وقد انقضت بالتوى ، فينتقض ما في ضمنها ، كما لو باع المديون بدين مؤجل سلعة من الطالب ثم استحق العبد ، عاد الأجل اه ملخصاً .

وفي البزازية : لو قبلها الى الحصاد ، لا يجبر على الاعطاء قبله . فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة ، وتقدم التصريح به في كتاب الكفالة .

وشمل التأجيل القرض ، فيصح هنا . ففي كافي الحاكم ما حاصله : لو كان لزيد على عمرو الف قرض ولعمرو على بكر الف قرض فأحال عمرو زيداً بالالف على بكر الى سنة ، جاز ، وليس لعمرو ان يأخذ بكراً بها . وان ابرأه منها او وهبها

له ، لم يجز اه ٠

وافاد في الدر وحواشيه ان تأجيل عقد الحوالة لا يصح ٠ فلو قال ضمنت لك بمالك على فلان على ان احيلك به على فلان الى شهر ، اي بعد شهر ، انصرف التأجيل الى الدين ، اي فلا يطالب فلان الا بعد شهر ٠ ولو انصرف التأجيل الى العقد ، يصير المعنى على ان احيلك حوالة مقيدة بشهر ، وذلك لا يصح ، لأنه ينافي انتقال الدين الى ذمة المحال عليه ٠ ثم ان احاله وقبل ، جاز . وان لم يقبل ، برأ الكفيل عن الضمان ٠ وان لم يقبل فلان ، فالكفيل على ضمانه ٠ وان مات ، فلان ، لم يطالب اي الكفيل بالمال حتى يمضي شهر ، لأنه بموت فلان لم تبق الحوالة ممكنة ٠ وقد رضي الطالب بتأخير المطالبة الى شهر ، فبقي الاجل للكفيل ، فلا يطالب قبله ٠ وكذا يقال فيما اذا لم يقبل فلان اه ملخصاً ٠

المادة ٦٩٨ = ❊ ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل اداء الدين ولا يرجع الا بالمحال به يعني يرجع بجنس ما احيل عليه من الدراهم والا فليس له الرجوع بالمؤدى ٠ مثلاً لو احيل عليه بفضة واعطي ذهباً يأخذ فضة وليس له ان يطالب بالذهب ٠ كذلك لو اداها باموال واشياء اخر فليس له الا اخذ ما احيل عليه ❊

قوله « قبل اداء الدين » اي ولو حكماً ، كالهبة والصدقة ، كما ستصرح به المادة الآتية ، لان المحتال لو وهب الدين من المحتال عليه ، فله اي للمحال عليه ، الرجوع ، ولا رجوع للمحيل بدينه لو كان مديونه وقد احاله به ، كالو اداه ٠ وكذا الوراثة بأن مات المحال له والمحال عليه وارثه ، فأنه كالدفع ، فيرجع المحال عليه بالمحال به على المحيل (بحر) ويأتي ايضاً ٠

وقوله « فليس له الا اخذ ما احيل عليه » حاصله انه لو كان المحال به دراهم فأدى دنانير او عكسه صرفاً ، رجع بالمحال به ٠ وكذا اذا اعطاه عرضا ٠ وان

اعطاه زيوفاً بدل الجياد ، رجع بالجياد . و كذا لو صالحه بشيء ، رجع بالمحال به ، الا اذا صالحه عن جنس الدين بأقل ، فإنه يرجع بقدر المؤدي = بخلاف المأمور بقضاء الدين ، فانه يرجع بما ادى ، الا اذا ادى اجود او جنساً آخر (رد المحتار)

﴿ فرع ﴾

في الأنقروية عن المحيط البرهاني : رجلٌ له على رجل الف درهم ، وللمديون على رجل ماية دينار ، احال الذي عليه الدراهم غريمه على الذي عليه الدنانير على ان يعطيه الدنانير التي عليه من الدراهم ، او على ان يعطيه الدراهم من الدنانير التي عليه ، فالحوالة باطلة . ولو كانت الدنانير في يد المحتال عليه غصباً او وديعة وهي قائمة بعينها و باقي المسئلة بحالها ، كانت الحوالة جائزة اه .

المادة ٦٩٩ = ﴿ كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين باداء المحال به او بحوالته اياه على آخر او بابراء المحال له اياه كذلك يبرأ من الدين لو وهبه المحال له او تصدق به عليه وقبل ذلك ﴾

انما اشترط القبول فيما لو وهبه او تصدق عليه لأن كلاً من الهبة والصدقة تمليك ، فلا بد لصحته من قبول الموهوب له — بخلاف الابراء فانه اسقاط فينفرد به المسقط . ولهذا لو تمت الهبة او الصدقة بالقبول رجع المحال عليه على المحيل بالمحال به لأنه ملكه بالهبة ، كما لو مات المحال له وورثه المحال عليه ، كما تقدم في شرح المادة السابقة ، ويأتي — بخلاف الابراء ، فأنه لكونه اسقاطاً لأصل الدين يبرأ كل من المحيل والمحتال عليه عن دين المحال له ، المحيل بالحوالة ، والمحتال عليه بالابراء . وان كان للمحيل دين على المحال عليه ، يرجع به ايضاً . هذا ما صرح به في الخانية وغيرها .

المادة ٧٠٠ = ﴿ لو توفي المحال له و كان وارثه المحال عليه لا يبقى حكم الحوالة ﴾

بمعنى ان حكم الحواله قد انتهى . قال في الجوهرة : ولو مات المحال له فورثه المحال عليه ، له ان يرجع على المحيل لانه ملكه بالارث ، فصار كما لو ملكه بالاداء اه ونظيره في الخلاصة والبزازية وغيرهما .

ولا يخفى ان محل الرجوع اذا كان المحال عليه غير مدبون للمحيل . فأن كان مدبوناً بمثل مال الحوالة الذي ورثه من المحال له، فقد وقع ما ورثه قصاصاً عما في ذمته للمحيل ، فلا رجوع بشيء . فلا ينافيه ما في الخانية ، حيث قال : فأن مات المحتال فورثه المحتال عليه او وهب المحتال له المال من المحتال عليه ، لا يرجع المحال عليه على المدبون بشيء اه - لأن محله ما اذا كان المحال عليه مديوناً للمحيل بمثل مال الحوالة الذي ملكه ارثاً ، كما قلنا آنفاً . هـذا ما ظهر لي ، فتـدبره .

بقي ما اذا كان الوارث للمحال له هو المحيل . ففي الخانية :ولو مات المحتال له وورثه المديون ، كان للمديون الذي عليه اصل المال ان يرجع على المحتال عليه ، لأن المحتال له له مطالبة المختال عليه ، فينتقل ذلك الى وارثه اه ولا يذهب عليك ان ما ذكر من الرجوع بجميع مال الحوالة انما هو اذا كانت الوراثة منحصرة في المحال عليه ، فان كان للمحال له وارث آخر ، فلا يرجع الا بحصته من الارث ، الا ان يدفع له ما بقي من مال الحوالة ، كالحكم في مال الكفالة اذا ورثه الكفيل ، كما تقدم في شرح المادة (٦٦٧)

✸ فروع ✸

رجل له على رجل الف درهم فأحال صاحب الدين رجلاً على المديون بالالف التي عليه ، فقبض المحتال له المال من المحتال عليه ، فقال المحيل للقابض ما كان لك علي شيء وانما امرتك بقبض المال منه بطريق الوكالة وطالبه بدفع المقبوض اليه ، وقال القابض بل كان لي عليك الف فأحلتني بها عليه ، كان القول قول المحيل لأن القابض يدعي عليه ديناً وهو ينكر .

ولو ان المحتال عليه ادى مال الحوالة وقال للمحيل ما كان لك علي شيء وقد قضيت دينك بأمرك فلي ان ارجع عليك ، وقال المحيل لا بل كان لي

عليك الف ، كان القول قول المحتال عليه .

ولو كان المحتال له غائباً فاراد المحيل ان يقبض ماله من المحتال عليه وقال احلته بوكالة ولم يكن له عليّ دين ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى لا اصدقه ولا اقبل بينته ، لانه قضاء على الغائب . وقال محمد رحمه الله تعالى : يقبل قول المحيل انه وكله (كذا في الخانية)

وفيها : رجل احال امرأته بصداقها على رجل وقبل الحوالة ثم غاب الزوج فأقام المحتال عليه بينة ان نكاحها كان فاسداً وبين لذلك وجهاً ، لا تقبل بينته . ولو ادعى على المرأة انها كانت ابرأت زوجها عن صداقها او ان الزوج اعطاها المهر او باع بصداقها منها شيئاً وقبضت ، قبلت بينته . وان كان المبيع غير مقبوض لا تقبل بينته . وكذا اذا كان مقبوضاً وهو قائم بعينه ، لا تقبل بينة المحتال عليه . وكذلك في الكفيل اه تأمل .

وفيها : رجل عليه دين لرجل فأحال الطالب على رجل ليس عليه للمحيل دين فجاء فضولي وقضى المال من المحتال عليه تبرعاً ، كان للمحتال عليه ان يرجع على المحيل كما لو ادى المحتال عليه المال بنفسه وليس له دين ، كان له ان يرجع على المحيل .

ولو كان للمحيل دين على المحتال عليه فأحال الطالب على مديونه بذلك المال ثم جاء فضولي وقضى دين المحتال له عن المحيل الذي عليه اصل المال ، كان للمحيل ان يرجع بدينه على المحتال عليه ، لأن قضاء الفضولي عنه كقضائه بنفسه .

ولو قضى المحيل دين الطالب بمال نفسه بعد الحوالة كان له ان يرجع على المحتال عليه بدينه كذلك هنا ، وليس للفضولي ان يرجع على الذي عليه اصل المال ، لأنه متبرع .

ولو اختلف المحيل والمحتال عليه كل واحد منهما يدعي ان الفضولي قضى عنه ، والفضولي لم يبين عند القضاء احدهما بعينه ، يرجع الى قول الفضولي عن ايهما قضيت . فان مات الفضولي قبل البيان او غاب ، كان القضاء عن المحتال عليه ، لأن القضاء يكون عن المطلوب ظاهراً اه .

دفع السمسار دراهم نفسه الى الرستاقي ثمن دبس او قطن او حنطة ليأخذ

ذلك من المشتري فعجز السمسار عن اخذها من المشتري لأفلاسه ، يسترد ها من الآخذ استحساناً ، اذ جرت العادة في بلادنا ان السمسار يدفعه من مال نفسه حتى يرجع على المشتري ، فصار كما لو احال البايع على المشتري نصاً . قال رضي الله عنه : والسماسرة في بخارى قوم لهم حوانيت معدة للسمسرة يضع فيها اهل الرساتيق ما يريدون بيعه من الحبوب والفواكه ويتركونها فيبيعها السمسار . ثم قد يتعجل الرستاقي الرجوع فيدفع اليه السمسار الثمن من ماله ليأخذه من المشتري (هندية عن القنية)

اقول : وفيه بحث ، وهو انه سلمنا ان السمسار كالمحتال من البائع على المشتري ، لكن لا نسلم انه يرجع على البائع بمجرد كونه مفلساً وهو حي ، لما علمت من ان المحتال لا يرجع على المحيل الا بالتوى ، والتوى يكون بموت المحال عليه مفلساً او بانكاره الحوالة وحلف اليمين ـ الا ان يتمشى ما في القنية على قول الامامين من ان التوى يكون بثالث ، وهو حكم القاضي بافلاسه ، كما تقدم . لكن علمت ايضاً ان الذي مشت عليه المتون قول الامام رحمه الله تعالى ولم يصحح احد قولهما ، فليتأمل .

باع بشرط ان يحيل على المشتري بالثمن غريماً له ، بطل البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد . ولو باعه بشرط ان يحتال بالثمن ، صح ، لأنه يؤكد موجب العقد (هندية عن الكافي)

وقوله « لانه شرط لا يقتضيه العقد » اي وفيه نفع للبائع ، كما في الدرر ، لأن فيه دفع مطالبة غريمه له وتسليطه على المشتري .

والمراد بالبطلان هنا الفساد . واذا بطل البيع بطلت الحوالة التي في ضمنه ، كما في الطحطاوي .

رجل اشترى من رجل دابة بمائة وقبضها فأحال البائع بالثمن على رجل ثم ان المشتري وجد عيباً بالدابة فردها بقضاء ، لم يكن للمشتري ان يرجع بالمائة على البائع ، ولكن البائع يحيله بها على المحتال عليه ، شاهداً كان المحتال عليه او غائباً ، و يكون القول قول البائع ، انه لم يأخذ المائة من المحتال عليه . و كذا لو كان رد بغير قضاء ، فانه لا يأخذ المال من البائع . وان كان البيع فاسداً فأبطله القاضي ورد الدابة ، رجع المشتري بما كان له على المحتال عليه اه (خانية)

❊ الكتاب الخامس ❊

❊ في الرهن و يشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب ❊

❊ المقدمة ❊

« في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالرهن »

المادة ٧٠١ - ❊ الرهن حبس مال وتوقيفه في مقابل حق يمكن استيفاؤه منه و يسمى ذلك المال مرهونًا ورهنًا ❊

الرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع الأمة . اما الكتاب ، فقوله تعالى ❊ فرهان مقبوضة ❊ واما السنة ، فما روي عن عايشة رضي الله عنها قالت ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعامًا من يهودي الى اجل ورهنه درعًا من حديد (رواه مسلم والبخاري) وقد انعقد الاجماع عليه . ولأنه وثيقة في جانب الاستيفاء ، فيجوز كما تجوز الوثيقة في جانب الوجوب ، وهي الكفالة والحوالة . بيانه ان الدين له طرفان ، طرف الوجوب وطرف الاستيفاء ، لأنه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك . ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة ، وهي الكفالة ، جائزة . وكذا الوثيقة بطرف الاستيفاء (اه ملخصًا من الزيلعي وحاشيته للشلبي)

قلت : وبما ذكر تظهر الحكمة في ذكر المجلة كتاب الرهن عقيب كتابي الكفالة والحوالة ، وهو ان كلًّا منها عقد وثيقة . قال القدوري في شرحه ، كما في الشلبي : الرهن في الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال ، وبذلك ينفصل من

الكفالة والحوالة ، لانها عقد وثيقة بذمة اه ٠

ثم ان هذه المادة عبارة عن تعريف الرهن التام او اللازم ، والا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس ، بل ذلك بالقبض ٠

والمراد بالحبس في قوله « حبس مال » جعل المال محبوساً ليصح كونه فعلاً للراهن ، اي جعل الراهن اياه محبوساً ٠ والا فان الحابس حقيقة هو المرتهن ، مع ان حبس المرتهن ليس هو الرهن المحدود ، بل ثمرته وغايته ٠ قال القهستاني : والمتبادر ان يكون الحبس على وجه التبرع ٠ فلو اكره المالك بالدفع اليه ، لم يكن رهناً ٠

وقوله « بمقابل حق » اي مالي ولو مجهولا ٠ واحترز به عن نحو القصاص والحد واليمين ٠

وقوله « يمكن استيفاؤه » اي استيفاء هذا الحق منه ، اي من الرهن ، بمعنى المرهون ٠ واحترز به عما يفسد ، كالثلج ، وعن نحو الامانة ٠ قال في الشرنبلالية : واما الخمر ، فهو مال ايضاً ويمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذمي ببيعه ، او بنفسه ان كان المرتهن والراهن من اهل الذمة ، لكنه ليس بمال متقوم في حق المسلم ، فلا يجوز له رهنه ولا ارتهانه من مسلم او ذمي وان ضمنه للذمي ٠

والمراد من استيفائه ، اي الدين ، ما يشمل كله او بعضه ، كأن كان قيمة المرهون اقل من الدين (الكل من رد المحتار)

والتعبير بالحق ليشمل الغصب ، لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب (شلبي على الزيلعي) ومن عبر بالدين اراد به ما يعم الدين الحقيقي والحكمي كالاعيان المضمونة بالمثل او القيمة ، كما سيجيء ٠

وقوله « ويسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً » اي وهو حقيقة في الأول ، ومجاز لغوي في الثاني ، من اطلاق المصدر وارادة المفعول ، او حقيقة عرفية ٠

المادة ٧٠٢ — ✵ الأرتهان اخذ الرهن ✵

المادة ٧٠٣ — ✵ الراهن هو الذي اعطى الرهن ✵

المادة ٧٠٤ — ﴿ المرتهن هو آخذ الرهن ﴾

المادة ٧٠٥ = ﴿ العدل هو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه واودعاه الرهن ﴾

= الباب الاول =

(في بيان المسائل المتعلقة بعقد الرهن و ينقسم الى ثلاثة فصول)

= الفصل الاول =

﴿ في المسايل المتعلقة بركن الرهن ﴾

المادة ٧٠٦ — ﴿ ينعقد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن . ولكن ما لم يوجد القبض ، لا يتم ولا يلزم . فللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم ﴾

كون القبول ركناً كالايجاب ، هو الذي مال اليه اكثر المشايخ . فإنه كالبيع . ولذا لا يحنث من حلف لا يرهن ، بدون القبول . وذهب بعضهم الى انه شرط صيرورة الايجاب علة ، لأنه عقد تبرع ، ولذا لا يلزم الا بالتسليم اه (رد

المختار) قال : ونقل القهستاني عن الكرماني انه يجوز بطريق التعاطي اه · وانما كان عقد تبرع ، لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئًا ·

والحاصل ان كونه عقد تبرع انما يلزم منه عدم لزومه قبل القبض ، لا عدم كون القبول ركنًا فيه · فهي كالهبة ، لا بد لانعقادها من الايجاب والقبول ، لكنها لا تلزم الا بالقبض (انظر مادة ٥٧)

واشار بقوله « ولكن الخ » الى ان القبض ليس بشرط في انعقاده ، وانما هو شرط في لزومه ، كالهبة · حتى لو مات الراهن قبل ان يقبض المرتهن الرهن ، لم يجبر عليه ، فلا يتعلق به الاستحقاق الا بالقبض ، فما لم يقبضه لا يكون لازمًا (جوهره) وصحح في المجتبي وغيره انه شرط الجواز ذكره في الدر وحواشيه ·

وفي اول كتاب الرهن من الانقروية : القبض شرط جوازه وقال بكر لزومه ، والأول اصح · والجمهور على اعتبار القبض فيه حتى لا يصح الأرتهان ولا يترتب عليه الحكم بمجرد الأيجاب والقبول اه ·

وفي الجوهرة : لو ان الراهن والمرتهن تراضيا على ان يكون الرهن في يد صاحبه ، لا يصح ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه · وبعد التراضي لو اراد المرتهن ان يقبضه ليحبسه رهنا ، ليس له ذلك لأن الرهن لم يصح اه ·

اقول : وهذا يفيد انه شرط الجواز · ويمكن ان يقال ان عدم الصحة لكونها شرطًا لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ، تأمل ·

ثم ان القبض في ظاهر الرواية يثبت بالتخلية بين المرتهن والرهن · فهي قبض حكمي لأنها تسليم ، فمن ضرورته الحكم بالقبض · والمراد انه يترتب على التخلية ما يترتب على القبض من لزوم الرهن وثبوت احكامه (افاده في الدرر وحواشيه)

وانما اكتفي بالتخلية لأنها غاية ما يقدر عليه الراهن ، والقبض فعل غيره فلا يكلف به ·

وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان القبض في المنقول لا يثبت الا بالنقل ، لأنه قبض موجب للضمان ابتداء اذا لم يكن الرهن مضمونًا على احد قبل ذلك ، فلا يثبت الا بالقبض حقيقة ، كالغصب ، والأول اصح لما ذكرنا ، ولأن قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع ، فثمة يكتفي بالتخلية ،

فكذا هنا (زيلعي ملخصاً)

ثم ان من شرائط صحة القبض ان يأذن به الراهن نصاً او دلالة . اما الأول فأن يقول اذنت له بالقبض او رضيت به او اقبض وما يجري هذا المجرى ، فيجوز قبضه سواء قبض في المجلس او بعد الافتراق استحساناً . واما الدلالة فأن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه ، فيصح استحساناً .

ومنها اهلية القبض ، وهي العقل . والقبض نوعان : بطريق الأصالة ، كأن يقبض لنفسه بنفسه ، وبطريق النيابة كقبض الأب والوصي عن الصبي ، فإنه جائز . وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن ، حتى لو هلك في يده كان الهلاك على المرتهن .

ثم اذا كان المرهون مقبوضاً عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن ؟ فالأصل ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما عن الآخر ، واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى (افاده في الهندية) فلو كان القبض الأول قبض ضمان بأن كان المرهون مغصوباً في يد المرتهن او مبيعاً بيعاً فاسداً مثلاً ، ثم انعقد الرهن ، ناب القبض الاول عن قبض جديد وتم به الرهن ولزم ، لتجانس القبضين ، لكون كل منهما مضموناً . وان كان القبض الاول قبض امانة بأن كان المرهون وديعة او عارية فلا بد من قبض جديد ، لأن القبض الادنى ، وهو الغير مضمون ، لا ينوب عن الأعلى . وانظر ما كتبناه في شرح المادة (٢٦٤)

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في تنقيح الحامدية من كتاب الرهن ما نصه : ولو شهد الشهود على اقرار الراهن بقبض المرتهن ولم يشهدوا على معاينة القبض ، كان الامام يقول لا يقبل . ثم رجع وقال يقبل ، كما هو قولهما من دعوى البزازية . ومثله في العمادية . رهن داره واعترف بالقبض الا انه لم يتصل به القبض ، فاذا تصادقا على القبض والاقباض يؤخذ بأقراره (من رهن جواهر الفتاوي)

وفيها ، من الباب الخامس : رجل رهن داره والراهن متصرف فيه حتى مات ثم اختلف المرتهن وورثه الراهن انه كان مقبوضاً ام لا ، فان اقام المرتهن البيّنة

على اقرار الراهن بالرهن والتسليم ، يحكم بصحة الرهن ٠ ودعوى فسادالرهن لاتقبل بظاهر ما كان في يد الراهن ، لانه لماحكم عليه باقراره بالرهن حمل على ان اليد كانت يد العارية اه ٠ وان ادعى المرتهن الرهن مع القبض ، يقبل برهانه عليها ٠ وان ادعى الرهن فقط لا يقبل، لأن مجرد العقد ليس بلازم اه٠

اقول : انت تعلم ان ما نقل عن جواهر الفتاوى من الحكم بصحة الرهن بناء على اقرار الراهن بالقبض والاقباض هو من حيث القضاء لأ نه اقر بصحة العقد ثم ادعى هو او ورثته فساده ، فهو متناقض ٠ اما ديانة فلا يحل للمرتهن حبس الرهن ، وهو يعلم ان اقرار الراهن بالتسليم كان كذباً ٠ والظاهر ان للراهن او ورثته تحليف المرتهن ان الاقرار المذكور ما كان كذباً ، اذ لا شك ان المرتهن لو اقر بما ادعاه الراهن او ورثته من انه لم يحصل قبض ، يؤاخذ باقراره ويبطل الرهن فتأمل٠

المادة ٧٠٧ - ❊ ايجاب الرهن وقبوله هو قول الراهن رهنتك هذا الشيء في مقابلة ديني او لفظ آخر في هذا المآل وقول المرتهن قبلت او رضيت او لفظ آخر يدل على الرضى ، ولا يشترط ايراد لفظ الرهن ٠ مثلاً لو اشترى احد شيئاً واعطى للبايع مالاً وقال له ابق هذا المال عندك الى ان اعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن هذا المال ❊

لأ نه اتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني (هندية)

وفيها : رجل اشترى بيتاً فقال للبائع امسك هذا الثوب حتي اعطيك الثمن، فهو رهن عند اصحابنا الثلاثة (كذا في الخلاصة)٠

رجل له على رجل دين فأعطاه ثوباً ٠ فقال امسك هذا حتي اعطيك مالك ، قال ابو حنيفه رحمه الله تعالى هو رهن ، وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يكون

وديعة لا رهناً . فإن قال امسك هذا بمالك او قال امسك هذا رهناً حتى اعطيك مالك ، فهو رهن بالاجماع (كذا في محيط السرخسي) اه فتأمل ملياً ، لعلك تظفر بالفرق بين مسئلة الخلاصة حيث كانت اتفاقية ، وبين مسئلة المحيط حيث كانت خلافية

وفي تكملة الطوري ما نصه : ولم يتعرض المؤلف للرهن بالفعل ، وسنذكر ذلك تتميماً للفائدة ، قال في الذخيرة : من كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأس المديون رهناً بدينه واعطاه منديلاً صغيراً يلفه على رأسه وقال احضر ديني لأردها عليك فذهب الرجل وجاء بدينه بعد ايام وقد هلكت العامة ، قال هلكت بالدين .

وفي السراجية : اذا اخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهناً ، لم تكن رهناً بل غصباً اه والتوفيق يحصل بحمل ما في الذخيرة على ما اذا رضي المديون بتركها رهناً ، وما في السراجية على ما اذا لم يرض بتركها (افاده في الدرر عن العمادية)

قال في رد المحتار : ويؤيد هذا ما في الخلاصة عن فتاوي النسفي: هذا مستقيم اذا امكنه استردادها فتركها . اما اذا تركها لعجزه ، ففيه نظر اه .

والظاهر انه محمل ما في البزازية عن العتابي تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العامة عن رأسه رهناً واعطاه منديلا يلفه على رأسه ، فالعامة رهن لان الغريم بتركها عنده رضي بكونها رهنا (اه ما في رد المحتار)

وفي الدر عن المجتبى . لرب المال ان يمسك مال المديون رهناً بلا اذنه وقيل اذا ايس فله اخذه مكان حقه قضاء عن دينه اه قال في رد المحتار : ظاهره انه يهلك هلاك الرهن ، وفيه نظر اذ شرط الرهن كونه على وجه التبرع ، كما قدمنا .

وفي البزازية : صاحب الدين ظفر بغير جنس حقه من مال مديونه ، لا يحبسه رهناً الا برضى مديونه اه فتأمل .

وظاهر قوله « اذا ايس فله اخذه مكان حقه الخ » انه اي المال من غير جنس حقه . والا فلو من جنس حقه، فله اخذ قدر حقه منه بلا كلام ، ولا وجه لحكايته بقيل . على انا قدمنا في كتاب الحجر عن المقدسي عن بعضهم ان الفتوى اليوم على جواز الاخذ مطلقاً اه ما في رد المحتار .

وفيه : فرع : رجلٌ دخل خاناً فقال له صاحب الخان لا ادعك تنزل ما لم تعطني رهناً فدفع اليه ثيابه فهلكت عنده ، ان رهنها باجرة البيت ، فالرهن بما فيه : وان اخذ منه لأجل انه سارق او خفي عليه ، فأنه يضمن . قال ابو الليث: وعندي لا ضمان في الوجهين ، لأنه غير مكره في الدفع (خلاصة)

- الفصل الثاني -

﴿ في بيان شروط انعقاد الرهن ﴾

واما شروط صحته فهي ان لا يكون مضافاً ولا معلقاً بشرط ، كما في الهندية ، ولا موجلا ، كما في رد المحتار . لأن حكمه الحبس الدايم والتأجيل ينافيه ـ بخلاف تأجيل دين الرهن .

ومنها ان يكون الرهن محوزا ، اي غير متفرق . فلا يصح رهن ثمر على شجر بدون الشجر ، وزرع في ارض بدون الارض ، لأن الثمر والزرع لم يحازا في يد المرتهن بمعنى ان يده لم تحوها وتجمعها ، اذ لا يمكن حيازة ثمر بلا شجر ولا زرع بلا ارض .

ومنها ان يكون مفرغاً اي غير مشغول بحق الراهن ، فلا يجوز رهن شجر بدون الثمر (افاده في الدر وحواشيه) اما الشاغل فيجوز رهنه كما في كثير من المعتبرات . ففي الهداية : ويمنع التسليم ، كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة . وكذا كون متاعه في الوعاء المرهون . ويمنع تسليم الدابة المرهونة ، الحمل عليها ، فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها — بخلاف ما اذا رهن الحمل ، حيث يكون رهناً تاماً اذا دفعها اليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعاً في دار او وعاء دون الدار والوعاء اه .

وما في رد المحتار من قوله « و ينبغي تقييد الشاغل الذي يجوز رهنه بغير المتصل لما علمته من عدم جواز رهن الثمر والزرع اه » فيه نظر ، فإن فساد رهن ما ذكر لكونه غير محوز لا لكونه شاغلاً . ومنها ان لا يكون المرهون متصلاً

بغيره بمعنى انه تابع لغيره ، لما في الهداية : رهن سرجاً على دابة او لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام ، لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه ، لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة على النخيل . حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر اه يعني لو رهن دابة عليها سرج او لجام يدخل في الرهن (رد المحتار) لا يقال ان علة عدم جواز رهن الثمر على الشجر هي كونه غير محوز ، لأنا نقول العلل لا تتزاحم ، فيجوز ان يكون له علتان وا كثر . وتقييد كون مشغولية الرهن بنفس الراهن او ماله للاحتراز عما لو كان مشغولاً بملك الغير ، فلا يمنع ، كما في رد المحتار عن العمادية .

ومنها ان يكون الرهن مميزاً ، لأن موجب الرهن الحبس الدايم ، وفي المشاع يفوت الدوام ، لأنه لا بد من المهاياة فيصير كانه قال رهنتك يوماً ويوماً لا ، فلا يجوز رهن مشاع مطلقاً ، اي سواء كان مقارناً كنصف دابة ، او طارئاً كأن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض او بأذن الراهن للعدل ببيع الرهن كيف شاء فباع نصفه ، وسواء كان من شريكه او غيره ، لأن الشريك يمسكه يوماً رهنا ويوماً يستخدمه فيصير كأنه رهنه يوماً دون يوم ، وسواء كان يقسم اولا = بخلاف الهبة ، لأن المانع فيها غرامة القسمة ، اي اجرة القسام ، وهي فيما يحتملها لا فيما لا يحتملها . وذكر في الدر معزياً لزواهر الجواهر ان الشيوع الثابت بالضرورة لا يضر ، لما في الولوالجية : ولو جاء بثوبين وقال خذ احدهما رهناً والآخر بضاعة عندك ، فان نصف كل منهما يصير رهناً بالدين ، لأن احدهما ليس بأولى من الآخر ، فيشيع الرهن فيهما بالضرورة ، فلا يضر اه .

لكن في التنوير ، آخر باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز : دفع ثوبين فقال خذ ايهما شئت رهناً بكذا فأخذهما ، لم يكن واحد منهما رهناً قبل ان يختار احدهما اه وعزاه العلائي للسراجية : قال في رد المحتار : فلا يذهب شيء من الدين ، بمنزلة رجل عليه عشرون درهماً فدفع الى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين فضاعت قبل الأخذ ، فأنها من مال الدافع والدين على حاله . ولينظر وجه الفرق بين المسئلتين ، ولعله هو انه في مسئلة التنوير المعزية للسراجية انما جعل الرهن ما تقع عليه مشيئة المرتهن ، فاذا اختار احد الثوبين فقد تعين . وقبل ذلك لم يصر احدهما رهناً ، فيبقى

كل منها عنده امانة · واما في مسئلة الدر المنقولة عن الولوالجية فقد جعل احدهما رهناً في الحال بلا خيار ، ولكنه ابهمه وليس احدهما اولى من الآخر ، فصار نصف كل منها رهناً · هذا ما ظهر لي · لكن قال في الخانية ، بعد صفحة : رجلٌ رهن عند رجل ثوبين على عشرة دراهم وقال احدهما رهن لك بعشرتك او قال خذ ايهما شئت رهناً بدينك ، قال ابو يوسف هو باطل · فإن ضاعا جميعا ، لم يكن عليه شيء ودينه على حاله اه ومثله في الظهيرية : فعند ابي يوسف لا فرق بين المسئلتين والتفرقة بينهما قول محمد اه ما في رد المحتار :

اقول : وفي النفس من هذه التفرقة شيء لا يخفى على ذي مسكة · ولعل ما ذكره في الدر اولاً مبنيٌ على القول بفساد رهن المشاع ، وسيأتي ان فاسد الرهن كصحيحه · فما في الخانية من انه يذهب قيمة كل واحد من الثوبين بالدين ان كان مثل الدين ، ليس مبنياً على صحة رهن المشاع ، بل على كونه فاسداً · كما ان ما ذكر فيها بعد صفحة ، صريحٌ في ان كون الدين اذا ضاع الثوبان على حاله ولم يكن على المرتهن منه شيء ، مبنيٌ على بطلان رهن المشاع ·

والحاصل ان الرهن في كلا المسئلتين غير صحيح ، لتحقق الشيوع بالضرورة · غير انه على القول بفساد رهن المشاع يذهب الثوبان بالدين ، كما اذا كان الرهن صحيحاً · وهو الصحيح ، وعليه يحمل ما ذكره في الدر نقلاً عن الولوالجية ، وكذا ما ذكره اولاً في الخانية · وعلى القول ببطلانه يذهب الثوبان من مال الدافع لكونه امانة في يد المرتهن ، والدين على حاله كما هو حكم الرهن الباطل · وعليه يحمل ما في التنوير معزياً للسراجية ، وكذا ما ذكره في الخانية بعد صفحة · واما عبارة الولوالجية ، وان كان فيها بعد عما قلناه ، لكن يمكن ان يكون مراده بقوله « فأن نصف كل منها يصير رهناً بالدين » ان يصير رهناً فاسداً · ومراده بقوله « فلا يضر » اي لا يمنع من ذهاب نصف كل من الثوبين بالدين ، حيث تساويا ، لأن فاسد الرهن كصحيحه · هذا ما ظهر لي ، فتدبّره ·

وانما اقتصرت المجلة على ذكر شروط انعقاد الرهن ولم تتعرض لذكر شروط صحته ، لما ذكره في الدر وحواشيه آخر كتاب الرهن من ان كل حكم عرف في الرهن الصحيح ، فهو الحكم في الرهن الفاسد ، في حال الحياة والممات · فلو نقض الراهن

العقد بحكم الفساد واراد استرداد المرهون ، كان للمرتهن حبسه حتى يؤدي اليه الراهن ما قبض واذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة ، فالمرتهن اولى من سائر الغرماء .

وهذا كله اذا كان الرهن الفاسد سابقاً على الدين . فلو كان بدين على الراهن قبل ذلك ، لم يكن له حبسه ، لانه ما استفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال ويكون بعد الموت اسوة للغرماء ، لانه ليس له على المحل يد مستحقة - بخلاف الرهن الصحيح ، تقدم او تأخر . هذا هو ظاهر الرواية . وروي ابن سماعة عن محمد انه ليس للمرتهن حبسه ، لأنه اصرار على المعصية . ولكن ما في ظاهر الرواية اصح ، لان الراهن لما نقض فقد ارتفعت المعصية ، وحبس المرتهن المرهون ليصل الى حقه لا يكون اصراراً ، لان الراهن يجبر على تسليم ما قبض . فاذا امتنع ، فهو المصر . الا ترى ان في الشراء الفاسد للمشتري الحبس الى استيفاء الثمن .

ثم في كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضموناً الا انه فقد بعض شرائط الجواز ، كرهن المشاع ، ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد ، لكن بصفة الفساد . وفي كل موضع لم يكن الرهن كذلك بأن فقد احدهما ، لا ينعقد الرهن اصلاً . فاذا هلك يهلك بغير شيء — بخلاف الفاسد ، فأنه كالصحيح يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين . ومن مات وله غرماء ، فالمرتهن احق به كما في الصحيح اه ما في الدر وحواشيه .

فحيث كان لا فرق بين صحيح الرهن وفاسده من حيث ان كل حكم عرف في الصحيح فهو الحكم في الفاسد ، كان لا حاجة الى ذكر شروط الصحة التي تقدم بسطها ، بل الحاجة الى ذكر شروط الانعقاد اهم ، للفرق بين باطل الرهن وصحيحه من حيث ان المرهون مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين اذا كان صحيحاً ، وغير مضمون اصلا اذا كان باطلا . اقتصر عليها فقال :

المادة ٧٠٨ = * يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين ولكن لا يشترط ان يكونا بالغين *

فلا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل . ويجوز من الصبي المأذون (كذا في الهندية) والظاهر انه ينعقد الرهن والارتهان من الصبي العاقل الغير مأذون موقوفاً على اجازه وليه او اجازته بعد البلوغ ولم اره الآن منقولاً ، فليراجع النقل .

المادة ٧٠٩ = ❊ يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم ان يكون موجوداً مالاً متقوماً مقدور التسليم في وقت الرهن ❊

فلا يجوز رهن ما ليس موجوداً وقت العقد ، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم ، كما اذا رهن ما يثمر نخيله او ما تلد اغنامه السنة ، او ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ، ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ، ولا رهن صيد الحرم والاحرام ، لأنه ميتة ، ولا رهن الحر لأنه ليس بمال اصلاً ، ولا رهن ام الولد والمدبر المطلق والمكاتب ، لأنهم احرار من وجه ، ولا رهن الخمر والخنزير من مسلم سواء كان العاقدان مسلمين او احدهما مسلماً ، لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم .

وهذا لأن الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه ، ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاؤه منه . الا ان الراهن اذا كان ذمياً ، كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن ، لأن الرهن اذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم ، وخمر الذمي مضمونة على المسلم بالغصب . واذا كان الراهن مسلماً والمرتهن ذمياً ، لا تكون مضمونة على الذمي ، لان خمر المسلم لا تكون مضمونة على احد . واما في حق اهل الذمة ، فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم ، لأن ذلك مال يتقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا . ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في انفسها . فأما كونه مملوكاً للراهن فليس بشرط لجواز الرهن ، اي فضلاً عن انعقاده حتى يجوز ارتهان مال الغير بغير اذنه لولاية شرعية كالأب والوصي يرهن

مال الصبي بدينه وبدين نفسه . فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يفتكه الأب ، هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به ، فضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن ، لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن . ولو ادرك الولد ، والرهن قائم عند المرتهن ، فليس له ان يسترده قبل قضاء القاضي . ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده . ولو قضى الولد دين ابيه وافتك الرهن ، لم يكن متبرعاً و يرجع بجميع ما قضى على ابيه . وكذا حكم الوصي في جميع ما ذكرنا (كذا في الهندية عن البدائع)

وانما لا ينعقد رهن ما ذكر لأن المقصود من الرهن التمكن من استيفاء الدين . وما لا يكون محلاً قابلاً للبيع لا يمكن استيفاء الدين منه فلا ينعقد الرهن به .

ثم لما ذكر ما لا يجوز رهنه ، ذكر ما لا يجوز الرهن به فقال :

المادة ٧١٠ = ✵ يشترط ان يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً فيجوز اخذ الرهن لأجل مال مغصوب ولا يصح اخذ الرهن لأجل مال الامانة ✵

اعلم ان ما يكون مقابلا بالرهن وهو المال المرهون به اما ان يكون ديناً واما ان يكون عيناً . فان كان ديناً فالرهن به جائز مطلقاً ، سواء كان واجباً ظاهراً وباطناً ، وهو ظاهر ، او ظاهراً فقط ، كثمن خل وجد خمراً وثمن ذبيحة وجدت ميتة وبدل صلح عن انكار ثم تصادقا على ان لا دين ، فان الدين وجب ظاهراً حين الرهن ، وهو كاف لصحته ، فالرهن به مضمون على المختار . وكذا يصح الرهن بدين موعود بأن رهن ليقرضه الفاً مثلاً ، حتى لو هلك هذا الرهن كان مضموناً عليه بما وعد من الدين ، فيسلم الالف للراهن جبراً اذا كان الدين مساوياً للقيمة ، او اقل . اما اذا كان اكثر ، فهو مضمون بالقيمة . هذا اذا سمى قدر الدين . فان لم يسمه بأن رهنه على ان يعطيه شيئاً فهلك في يده ، هل يضمن —

خلاف بين الامامين مذكور في البزازية وغيرها . والاصح انه غير مضمون . وهذا هو معنى المقبوض على سوم الرهن ، فان الرهن بالدين الموعود مقبوض على رسوم الرهن .

وفي الاشباه : لو دفع له بعض الألف وامتنع ، لا جبر اي اذا كان الرهن باقياً . اما اذا هلك وكان الدين الموعود بدفعه مساوياً للقيمة او اقل فيجبر على الدفع كما تقدم .

واما ان كان عيناً ، فاما ان تكون غير مضمونة اصلاً ، كالأمانات كوديعة وعارية ، وكذا مال مضاربة وشركة . فهذه الرهن بها باطل اتفاقاً ، والمرهون بها غير مضمون ، لان الضمان عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثلياً او قيمته ان كان قيمياً . فالامانة ان هلكت فلا شيء في مقابلتها . وان استهلكت لا تبقى امانة بل تكون مغصوبة .

واما ان تكون مضمونة بنفسها ، يعني بمثلها او قيمتها ، كالعين المغصوبة او المجعولة بدل خلع او مهر او صلح . فهذه يصح الرهن بها اتفاقاً ، فانها ان كانت قائمة وجب تسليمها ، وان هالكة وجب قيمتها ، فكان الرهن بها رهناً بما هو مضمون ، فيصح . حتى انهم سمّوا هذا القسم ديناً حكمياً .

واما ان تكون غير مضمونة ولكنها تشبه المضمونة كمبيع في يد البائع بأن اشتري عيناً ولم يقبضها ثم اخذ بها رهناً من البائع ، فإنها اذا هلكت يهلك ملك البائع فلا يجب عليه شيء ، كما اذا هلكت الوديعة . لكنها تشبه المضمونة باعتبار سقوط الثمن ان لم يقبض ، ورده اذا قبض . ولذا سميت مضمونة بغيرها . وهذا القسم وقع في الرهن به خلاف ، فقيل انه باطل لأنه لا يجب على البائع بهلاك المبيع شيء يستوفي من الرهن . وانما يبطل البيع و يسقط الثمن ، وهو المذكور في الكفاية وغاية البيان والجوهرة والزيلعي وغيرها . وقال شيخ الاسلام انه فاسد لأن الرهن مال والمبيع متقوم ، والفاسد ملحق بالصحيح في الاحكام . وذكر في المبسوط انه رهن جائز ، فيضمن بالاقل من قيمته ومن قيمة العين ، و به اخذ الفقيه ابو سعيد البردعي وابو الليث ، وعليه الفتوى كما في الكرماني وغيره . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه .

وذكر الشلبي في حاشيته عن الزيلعي ان هذا خلاف ما مشى عليه القدوري وسائر المتون، ان الرهن بالمبيع باطل، وانه غير مضمون ، والمعول على ما في المتون ، والله الموفق اه .

وفي الهندية عن الينابيع : ولو تزوج امرأة على دراهم او دنانير بعينها واخذت بها رهناً ، لم يصح عندنا . ولو صالح عن دم على شيء بعينه وأخذ رهناً ، لم يجز اه اقول : والسر في مسئلة الدراهم والدنانير انها لا تتعين بالتعيين ، كما توضحه المسئلة الآتية . وفي مسئلة الصلح على شيء بعينه، ان ذلك الشيء له حكم المبيع قبل قبضه . فاذا هلك ، يبطل الصلح ويهلك على صاحبه . هذا ما ظهر لي ، فتأمله .

وفيها : ولو اشترى شيئاً من رجل بدراهم بعينها واعطى بها رهناً ، كان باطلاً ، لأنها لا تتعين، وانما يجب مثلها في الذمة ، والرهن غير مضاف الى ما في الذمة اه .

وفي الخانية : ولو استأجر داراً او شيئاً واعطى بالاجر رهناً ، جاز . وان هلك الرهن بعد استيفاء المنفعة ، يصير مستوفياً للاجر . وان هلك قبل استيفاء المنفعة ، يبطل الرهن ويجب على المرتهن رد قيمة الرهن ولو استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً وأخذ من الخياط رهناً بالخياطة ، جاز . وان أخذ الرهن بخياطة هذا الخياط بنفسه ، لا يجوز . وكذا لو استأجر ابلاً الى مكة واخذ من الجمال بالحمولة رهناً جاز ، ولو اخذ رهناً بحمولة هذا الرجل بنفسه او بدابة بعينها ، لا يجوز . ولو استعار شيئاً له حمل ومؤنة فأخذ المعير من المستعير رهناً برد العارية ، جاز . وان أخذ منه رهناً برد العارية بنفسه لم يجز . ولو اخذ رهناً من المستعير بالعارية لم يجز ، لأنها امانة . ولو استأجر نواحة او مغنية واعطى بالاجر رهناً ، لا يجوز ويكون باطلا وكذا الرهن بدين القمار أو بثمن الميتة او الدم او الرهن بثمن الخمر من المسلم لمسلم او ذمي او بثمن الخنزير باطل اه .

ولا يصح الرهن بالدرك خوف استحقاق المبيع فالرهن به باطل فيكون امانة ، وذلك بأن يخاف المشتري استحقاق المبيع فيأخذ من البائع رهناً بالثمن — بخلاف الكفالة بالدرك فانها جائزة . والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب ، لأن ضمان الدرك هو الضمان عند استحقاق المبيع ، فلا يصح مضافاً

الى حال وجوب الدين لأن الاستيفاء معاوضة واضافة التمليك الى المستقبل لا تجوز . اما الكفالة ، فهي لالتزام المطالبة، لا لالتزام اصل الدين . ولذا لو كفل بما يذوب له على فلان ، يجوز . ولو رهن به ، لا يجوز . ولا يصح الرهن بالكفالة بالنفس كأن كفل زيد بنفس عمرو على انه ان لم يواف به الى سنة ، فعليه الألف الذي عليه ثم اعطاه عمرو بالمال رهناً الى سنة ، فهو باطل ، لأنه لم يجب المال على عمرو بعد . وكذا لو قال ان مات عمرو ولم يؤدك فهو علي ثم اعطاه عمرو رهناً ، لم يجز ولا يصح الرهن بالقصاص مطلقاً في نفس وما دونها ، لتعذر استيفائه من المرهون ، بخلاف الجناية خطأ ، لامكان استيفاء الارش من المرهون ، وبخلاف الدية وجراحة لا يستطاع فيها القصاص قضي بأرشها ، فلو اخذ به رهناً جاز .

ولا يصح الرهن بالشفعة ، يعني لا يجوز اخذ الرهن من المشتري الذي وجب عليه تسليم المبيع من اجل الشفعة ، لأن المبيع غير مضمون عليه .

واذا لم يصح الرهن في جميع هذه الصور ، فللراهن اخذه . فلو هلك عند المرتهن قبل الطلب ، هلك مجاناً ، اذ لا حكم للباطل ، فبقي القبض باذن المالك . واما لو طلبه الراهن فامتنع المرتهن من دفعه ثم هلك ، ضمنه المرتهن لتعديه بالمنع، كما هو الحكم في سائر الأمانات الكل من الدر وحواشيه .

- الفصل الثالث -

✽ في زوائد الرهن المتصلة وفي تبديل الرهن وزيادته بعد عقد الرهن ✽

المادة ٧١١ = ✽ كما ان المشتملات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في الرهن ايضاً ، كذلك لو رهنت عرصة تدخل في الرهن اشجارها واثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة ✽

قال في الخانية : ولو قال رهنتك هذه الارض وفيها زرع او شجر او ثمر على

الا شجار ، جاز ويدخل الكل في الرهن . ولا يدخل الزرع والثمر في البيع الا بالذكر ، وفي الرهن يدخل بغير الذكر ، لان الرهن لا يصح بدون ذلك ، فيدخل الكل تصحيحاً اه اي لانه لو لم يدخل لزم ان تكون الارض مشغولة بملك الراهن ، ورهن المشغول بدون الشاغل غير جائز . كذا في الحامدية . واما الشرب والطريق الخاص في ملك انسان ، فالظاهر انهما لا يدخلان في رهن العرصة الا بذكرها صريحاً او بذكر الحقوق والمرافق ، كما لا يدخلان في بيعها ، لما علمت من ان دخول الاشجار وثمارها في رهن العرصة انما هو لكونها مشغولة بها ورهن المشغول بدون الشاغل غير صحيح ، فتصحيحاً لعقد الرهن قالوا بدخولها وهذا المعنى لا يظهر في مثل الشرب والطريق اذ لا مشغول ولا شاغل . فما ذكره الشارح سليم باز معزياً للخانية من دخولها بدون ذكرها ولا ذكر الحقوق والمرافق غريبة بلا مرية ، اذ سمعت نص الخانية بحروفها ، فليتنبه .

المادة ٧١٢ — ✱ يجوز تبديل الرهن برهن آخر . مثلا لو رهن احد ساعة في مقابلة كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو اتى بسيف وقال خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة وأخذ السيف يكون السيف مرهوناً في مقابلة ذلك المبلغ ✱

عبارة التنوير مع شرحه الدر المختار ، هكذا : وان رهن عبداً بألف فدفع عبداً آخر رهناً مكان الاول وقيمة كل من العبدين الف ، فالاول رهن حتى يرده الى الراهن ، والمرتهن في الآخر امين ، حتى يجعل مكان الاول بان يرد الاول الى الراهن ، فحينئذ يصير الثاني مضموناً اه . وهكذا قيد كون قيمة الرهن الثاني مماثلة لقيمة الرهن الاول في الهداية والملتقى والكنز والدرر والوقاية وغيرها . قال في رد المحتار : وهو قيد اتفاقي ، لما في التتارخانية عن التجريد : وان كان قيمة الاول خمسمائة والثاني الفاً والدين كذلك فهلك ، يهلك بألف . وكذا

اذا كانت قيمة الثاني خمسماية والأول الفاً فهلك الثاني في يده ، هلك بخمسماية اه ولذا ترك القيد في الخانية اه ما في رد المحتار . اقول : لكن في الخانية ما نصه : رجل رهن عند انسان عبداً بألف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذ هذه مكان العبد ، فانه يصح ذلك اذا قبض . وقبل قبض الثاني ، فالأول رهن ما دام في يده يهلك بالدين ان هلك ، والثاني امانة يهلك من غير شيء . واذا قبض الثاني يخرج الأول من ان يكون رهناً ، ردّ الأول على الراهن او لم يرد . ويكون الثاني رهناً لو هلك ، هلك بقيمة نفسه لا بقيمة الاول اه قال الداماد في شرحه على الملتقى ، بعد ان استدرك على عبارة المتن بما نقلناه عن الخانية ما نصه : يفهم من هذا انه اذا قبض الرهن الثاني خرج الأول من ان يكون رهناً ، رد الأول على الراهن او لم يردّ اه فهذا كما ترى مخالف لصريح عبارات المتون على ان ما نقله في رد المحتار استدلالاً على كون القيد المذكور في المتون اتفاقياً عن التتارخانية معزياً للتجريد ، موافق لما في الخانية . وحمله على ان هلاك الثاني بعد رد الأول بعيد ، والظاهر خلافه ولم نرَ احداً ذكر في المسئلة خلافاً وانت تعلم ان قاضي خان فقيه النفس فلا بد من التوفيق بين ما في الخانية وظاهر التتارخانية وبين عبارات المتون ، وذلك بأن يجعل قول المتون : « وقيمة كل من العبد الف » قيداً احترازياً ، فيحمل ما في الخانية على ما اذا كانت القيمة مختلفة ، تصريحاً بمفهوم ذلك القيد الذي اتفقت على ذكره المتون ، فيصير حاصل المسئلة ان الرهن الثاني ان كانت قيمته مساوية لقيمة الرهن الأول ، فالرهن الأول لا يخرج عن كونه رهناً بمجرد قبض الثاني ، بل لا بد من رده الى الراهن ، وهذه مسئلة المتون . وعللوا ذلك بأن الرهن الأول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقياً . واذا بقي الأول في ضمانه ، لا يدخل الثاني في ضمانه ، لأنهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما ، فاذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه اه . وان كانت قيمة الرهن اقل من قيمة الأول او اكثر ، فالرهن الأول بمجرد قبض الثاني يخرج عن كونه رهناً ، رد الاول على الراهن او لم يرد . وهذه مسئلة الخانية . وظاهر ما في التاترخانية ، وهو تصريح بما افاده القيد الذي اتفقت على ذكره المتون .

وبهذا ظهر ان ما في رد المحتار من ان القيد المذكور في عامة المتون اتفاقي، غير سديد . فإن كونه اتفاقياً خلاف الظاهر ، لما قالوا من ان مفاهيم الكتب حجة . وباعتباره قيداً احترازياً ، كما هو الظاهر ، يتم التوفيق بين ما في الخانية والمتون وترتفع المخالفة .

ومن العجب قوله آخر العبارة : ولذا ترك القيد في الخانية مع مخالفة الحكم المذكور لما في المتون مخالفة تامة . وكذا استدلاله بما في التتارخانية مع انها لو تركت على ظاهرها لكانت دليلاً عليه ، لا له .

وتبين ايضاً ان قول المجلة في هذه المادة « ورد للمرتهن الساعة » انما يكون قيداً احترازياً اذا كانت قيمة السيف مثل قيمة الساعة ، والا فالسيف بمجرد قبضه يكون رهناً مضموناً بقيمته . وتخرج الساعة عن كونها رهناً وان لم يرد المرتهن الساعة كما سمعت التصريح به عن الخانية .

ولعل الفرق ان اختلاف قيمة الرهنين قايم مقام رد الرهن الأول ، فكأن قبض الرهن الأول قد انتقض . نظير ما قالوه من ان البيع بمثل الثمن الأول لغو ـ بخلاف ما اذا كان بأقل او بأكثر ، فأنه يكون نقضاً للأول ، تأمل .

ثم رأيت في حاشية السيد ابي السعود على شرح مسكين على الكنز ، قال عند قول المتن الكنز « فدفع عبداً آخر رهناً مكان الاول » ما نصه قوله « فدفع عبداً اخر الخ » قيد بكون المدفوع عبداً مماثلاً للرهن ، لأنه لو كان بخلافه كان الحكم بخلافه ، لما في الخانية : رجل رهن عند انسان عبداً بالف درهم ثم جاء الراهن بجارية الخ ما سبق نقله عنها اهـ فقد صرح بان القيد احترازي ، وهو عين ما قلته ولله الحمد .

هذا وقد نقل الشارح سليم باز هنا عبارة التنوير وبزعمه انه اصلحها بحذف ذلك القيد منها كعادته تعويلاً على ما في رد المحتار من انه قيد اتفاقي ، فليتنبه له .

تنبيه

لو كانت قيمة الرهنين متساوية فرد المرتهن الأول بعد ان قبض الثاني هل

يشترط تجديد قبض الثاني لصحة ارتهانه ، قيل يشترط ، لأن يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه · وقيل لا يشترط ، لأن الرهن تبرع كالهبة ، وعينه امانة كما عرف ، والمضمون انما هو المالية فقط ، وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة (زيلعي)

ونقل في رد المحتار عن القهستاني ان الاول هو مختار قاضي خان · قال : وافاد بعض الفضلاء ان عادة صاحب الهداية اختيار الاخير عكس عادة قاضي خان ومقتضاه ترجيح الاول ، تأمل اه ·

اقول : قوله « ومقتضاه ترجيح الاول » صوابه « ترجيح الثاني » كما هو ظاهر · فقد اختلف الترجيح ·

❁ فرع ❁

رهن ثوبين بألف ثم قال الراهن احتجت الى احدهما فردّه عليّ ففعل ، فان الباقي رهن بنصف الألف · فلو هلك يهلك من الدين نصفه ، ولكن لا يفتكه الا بجميع الالف ، فليحفظ (رد المحتار)

المادة ٧١٣ — ❁ يجوز ان يزيد الراهن في المرهون بعد العقد يعني يصح علاوة مال بأن يكون ايضاً رهناً على شيء كان قد رهن حال كون العقد باقياً · وهذا الزايد يلحق بأصل العقد · يعني كأن العقد كان قد ورد على هذين المالين · ومجموع هذين المالين يكون مرهوناً بالدين القايم حين الزيادة ❁

قال في الهندية : يجب ان يعلم بأن الزيادة في الرهن حال قيام العقد صحيحة استحساناً عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى · وصورتها ان يرهن رجل عبداً من رجل بألف درهم ثم يزيد الراهن ثوباً ليكون رهناً مع العبد بالدين الذي رهن به العبد ، صحت الزيادة استحساناً والتحقت بأصل العقد · وجعل كأن

العقد ورد على الاصل والزيادة حتى صار الثوب مع العبد رهناً مضموناً بالدين الذي رهن به العبد (كذا في المحيط) اه ٠

ثم اذا صحت الزيادة في الرهن ، وتسمى هذه زيادة قصدية ، وهو احتراز عن الزيادة الضمنية وهي زيادة النماء ، وستأتي ، قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه ٠ حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمساية وقيمة الاول يوم القبض الفاً والدين الف يقسم الدين اثلاثاً في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثاه ، لان كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه ، فكان هو المعتبر اه (زيلعي مع حاشية الشلبي)٠

وفي الهندية : ثم اذا صحت الزيادة في الرهن فانما يصير رهناً بالدين القائم وقت شرط الزيادة دون الساقط والمستوفي ، لان الرهن ايفاء وايفاء الساقط والمستوفي لا يتصور وينقسم الدين على الاصل وعلى الزيادة على قدر قيمتهما ٠ غير ان قيمة الاصل تعتبر وقت القبض بحكم العقد ، وقيمة الزيادة تعتبر وقت القبض بحكم الزيادة ٠ وايهما هلك بعد ذلك ، إما الاصل وإما الزيادة ، هلك بما فيه من الدين ، وبقي الباقي رهناً بما فيه اه ٠

المادة ٧١٤ - ٭ اذا رهن مال في مقابلة دين تصح زيادة الدين في مقابلة ذلك الرهن ايضاً ٠ مثلا لو رهن احد في مقابلة الف قرش ساعة ثمنها الفان ثم اخذ ايضاً في مقابلة ذلك الرهن من الداين خمساية يكون قد رهن الساعة في مقابلة الف وخمساية ٭

فلو هلكت الساعة هلكت بألف وخمساية لا بالالف الاولى فقط ولو قضى الراهن الالف الاولى فليس له استرداد الرهن من المرتهن ما لم يدفع الباقي ٠ وهذا قول ابي يوسف ٠ وعندهما الزيادة على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهناً بالدينين ، لا تجوز ٠ بمعنى ان الرهن لا يكون رهناً بالزيادة فلا يكون مضموناً

بها . فلو هلك يهلك بالاصل وتبقى الزيادة . ولو قضى الراهن الاصل ، كان له استرداد الرهن لكونه محبوساً به فقط .

ولابي يوسف رحمه الله تعالى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع ، والرهن كالثمن . يعني المبيع . فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع . وللامامين رحمهما الله تعالى ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن فيكون بعض الرهن مضموناً بالزيادة وبعضه مضموناً بالدين الأول ، وذلك البعض مشاع ، فلا يجوز — بخلاف الزيادة في الرهن ، لانهـا توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثاني فصار الشيوع في الدين لا في الرهن . وذلك غير مانع من صحة الرهن (زيلعي ملخصاً)

و كأن المجلة اختارت قول ابي يوسف مع ان المتون على قولهما لصحيحاً لما قصده كل من الراهن والمرتهن واتفقا عليه من جعل الرهن مرهوناً بكلا الدينين تسهيلا على الناس .

المادة ٧١٥ — ✳ الزايد الذي يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل ✳

تبعاً له ، فيكون للمرتهن حبسه وينقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما بشرط بقاء النماء الى وقت الفكاك وان هلك قبل ذلك لم يسقط بمقابلته شيء ويجعل كأنه لم يكن ، كما سنوضحه .

نماء الرهن نوعان : نوع لا يدخل في الرهن ، وهو ما لا يكون متولداً من العين ولا يكون بدلاً عن جزء من اجزاء العين ، وذلك مثل الكسب والهبة والصدقة واشباهها .

ونوع يدخل في الرهن ، وهو ما يكون متولداً من العين كالولد والثمرة والصوف والوبر ، ويكون بدلاً عن جزء من اجزاء العين ، كالأرش والعقر .

ومعنى دخول هذا النوع من النماء تحت الرهن ، انه يحبس كما يحبس الاصل .

لكن لا يكون مضموناً ولا يسرى اليه حكم الضمان . حتى لو هلك هذا النوع من النماء قبل الفكاك لا يسقط بمقابلته شيء من الدين . واذا كان هذا النوع من النماء رهناً مع الأصل على التفسير الذي قلنا ، ينقسم ما في الأصل من الدين على الأصل وعلى النماء على قدر قيمتهما ، لأن الرهن بدون الدين لا يكون ، فيجب قسمة الدين . لكن بشرط بقاء النماء الى وقت الفكاك ، فاذا بقي الى وقت الفكاك تقررت القسمة . وان هلك قبل ذلك لم يسقط بمقابلته شيء ويجعل كأنه لم يكن ، وان الدين كله كان بمقابلة الام ، وينقسم الدين على الأصل يوم القبض وعلى الزيادة يوم الفكاك .

وتفسيره : اذا كان قيمة الأصل الفاً وقيمة الولد الفاً فالدين بينهما نصفان في الظاهر . فان مات الولد ، ذهب بغير شيء وبقيت الام رهناً بجميع الدين . ولو ماتت الام وبقي الولد ، فان افتكه ، افتكه بنصف الدين . وان هلك الولد بعد موت الام ، ذهب بغير شيء ، وصار كأنه لم يكن ، فذهب كل الدين بموت الام . ولو لم يمت واحد منهما ولكن انتقصت قيمة الام بتغير السعر فصارت تساوي خمسماية ، او زادت فصارت تساوي الفين والولد على حاله يساوي الفاً ، فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان . وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله او بتغير السعر فصارت تساوي خمسماية ، فالدين بينهما اثلاثاً ، الثلثان في الام والثلث في الولد . ولو زادت قيمة الولد فصارت تساوي الفين ، فثلثا الدين في الولد والثلث في الأم . حتى لو هلكت الام بقي الولد بثلثي الدين . وهذا يطرد مع الأصل الذي ذكرنا ، ان قيمة الام تعتبر يوم القبض وقيمة الولد يوم الفكاك .

ثم هذا النوع من النماء اذا صار رهناً مع الأصل ، يعود بسببه بعض ما كان ساقطاً من الدين . حتى ان المرهون اذا كان جاريةً فاعورت حتى سقط نصف الدين ، ثم ولدت الجارية بعد ذلك ولداً ، يعود بعض ما كان ساقطاً من الدين ويجعل الولد الحادث بعد العور ، كالولد الحادث قبل العور . واذا صارت الزيادة المشروطة رهناً مع الأصل ، لا يعود بسببها شيء من الدين ولا تجعل الزيادة المشروطة بعد عورها كالزيادة المشروطة قبل عورها (كذا في الهندية ، وتمامه فيها)

— الباب الثاني —

﴿ في بيان مسائل تتعلق بالراهن والمرتهن ﴾

المادة ٧١٦ — ﴿ المرتهن له ان يفسخ الرهن وحده ﴾

لكن له بعد الفسخ حبس الرهن لاستيفاء دينه . ولو هلك في يده بعده يهلك بالدين ، كما لو انفقاعلى فسخه ، كما سيأتي في المادة (٧١٨) والنقول بذلك قد طفحت به كتب المذهب بلا ذكر خلاف ، كما ستسمعه هناك .

واما ما في رد المحتار ، قبيل فصل في مسائل متفرقة من كتاب الرهن ، حيث قال : خاتمة : المرتهن ينفرد بفسخ الرهن والراهن لا ينفرد به ، حتى لو قال المرتهن فسخت الرهن ولم يرض الراهن وهلك ، لا يسقط شيء من الدين . وفي العكس ، يسقط بقدره ، كما في القنية وغيرها اه ، فلا شك انه محمول على ما اذا فسخ المرتهن وسلم الرهن للراهن ثم اعاده الراهن اليه غير راض بالفسخ فهلك الرهن في يده ، لان الفسخ قد تم بعود الرهن للراهن فيكون بالقبض الثاني امانة ، فاذا هلك لا يسقط شيء من الدين — بخلاف ما اذا كان الفاسخ هو الراهن والمسئلة بحالها ، فإن القبض الثاني لا يخرج عن كونه قبض ضمان كما لو استعاره الراهن ثم اعاده للمرتهن ، فإنه يهلك بالدين . ولو لم يحمل على ما ذكرنا لكان مخالفاً لعامة معتبرات المذهب ، كما سيأتي ، فتدبر .

ثم بعد مدة رأيت في الانقروية نقل المسئلة عن القنية بما نصه : المرتهن ينفرد في فسخ الرهن دون الراهن ، حتى لو رده وقال فسخت الرهن ولم يرض الراهن وهلك ، لا يسقط شيء من الدين اه فقد قيد الانفساخ بما لو رده ، وهو عين ما قلته ولله الحمد .

لكن لا بد من ان يكون الهلاك في يد المرتهن بان رده الراهن اليه ثانياً، والا فان هلاكه في يد الراهن يمنع من سقوط الدين وان لم يفسخ المرتهن الرهن، كما سيأتي ٠

المادة ٧١٧ — ﴿ ليس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضى المرتهن ﴾

وان دفع الراهن الدين للمرتهن فان الرهن ما دام في يد المرتهن يبقى مضموناً بالدين ، حتى لو هلك يرجع الراهن بما دفعه ويهلك الرهن بالاقل من قيمته ومن الدين — الا اذا طلبه الراهن فامتنع من ادائه حتى صار غاصباً ، كما سيأتي في شرح المادة الآتية ٠

وهذا ، اي عدم انفراد الراهن بالفسخ ، اذا لزم عقد الرهن بالقبض ٠ اما قبله ، فله الفسخ والرجوع لعدم لزومه ، كما مرّ في المادة (٧٠٦)

المادة ٧١٨ — ﴿ للراهن والمرتهن فسخ الرهن باتفاقهما لكن للمرتهن حبس الرهن وامساكه الى ان يستوفي ماله في ذمة الراهن بعد الفسخ ﴾

لأن الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ ، بل يبقى رهناً ما بقي القبض والدين معاً ، اي ما بقي الرهن في يد المرتهن والدين في ذمة الراهن ٠ فاذا فات احدهما بأن رد الرهن او ابرأه من الدين ، لم يبق رهناً فيسقط الضمان ، لأن العلة اذا كانت ذات وصفين ، يعدم الحكم بعدم احدهما (كذا في الدر وحواشيه)

ومثل الابراء ما لو وهب المرتهن الدين من الراهن ، كما في الهداية وغيرها ٠ وهذا بخلاف ما لو استوفى المرتهن دينه ، فان الرهن به لا ينفسخ ٠ قال الزيلعي في التبيين ، اوايل كتاب الرهن : لو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه

الى الراهن ، استرد الراهن ما قضاه من الدين ، لانه تبين بالهلاك انه صار مستوفياً من وقت القبض السابق ، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء ، فيجب رده . وهذا لأنه بايفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده الى صاحبه ، فيكون مضموناً على حاله بعد قضاء الدين ، ما لم يسلمه الى الراهن او يبرئه المرتهن عن الدين . وكذا لو فسخا الرهن ، لا ينفسخ ما دام في يده ، حتى كان للمرتهن ان يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه . ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله ، فيكون هالكاً بدينه ، بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحساناً ، لأنه لم يبق رهناً ، لأن بقاءه رهناً بأمرين بالقبض وبالدين ، فاذا فات احدهما لم يبق رهناً اه .

وفيه ، آخر كتاب الرهن : ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن ، هلك بغير شيء استحساناً ، خلافاً لزفر رحمه الله تعالى ، لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود ، كما في الدين الموعود . ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهة ، لسقوطه ، الا اذا منعه من صاحبه ، فيصير غاصباً بالمنع . وكذا اذا ارتهنت المرأة بصداقها رهناً فأبرأته او وهبته له او اختلعت عليه او ارتدت والعياذ بالله تعالى قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها ، يهلك بغير شيء ، لسقوط الدين . ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بأيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده ، يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه ، وهو من عليه الدين او المتطوع — بخلاف الابراء .

ووجه الفرق ان الابراء يسقط به الدين اصلاً وبالاستيفاء لا يسقط ، لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين . لكن يكون المقبوض مضموناً على القابض ، فيلتقيان قصاصاً . ومعناه ان دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة في مطالبة كل واحد منهما صاحبه ، لان كل استيفاء يوجد ، يعقبه مطالبة مثله فيؤدي الى الدور ، فترك الطلب لعدم الفائدة . فاما الدين نفسه ، فثابت في ذمة كل واحد منهما ، فاذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الاول ، وهو الاستيفاء بقبض الرهن ، وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة .

وكذا اذا اشترى بالدين عيناً او صالح عن الدين على عين ،

وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن ، بطلت الحوالة وهلك بالدين ، لأنه في معنى البرائة بطريق الاداء ، لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه ، او مثل ما يرجع به عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين ، لانه بمنزلة الوكيل عن المحيل .

وكذا اذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن ، يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه ، فتكون الجهة باقية – بخلاف الابراء . وهذا اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن ، لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك الرهن ، ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمان الرهن ، فيصير مستوفياً .

واما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك ، اختلف مشايخنا فيه . والصواب انه يهلك امانةً لا مضموناً ، لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل ، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين اه مع بعض اختصار .

لكن اختار في الهداية هلاكه مضموناً في الصورتين ، كما في رد المحتار عن السعدية .

وقوله « بطلت الحوالة » يفيد تقييد البطلان بها ، عدم بطلان الشراء والصلح في صورتي ما اذا اشترى بالدين عيناً او صالح عن الدين على عين . وعليه فاذا هلك الرهن في هاتين الصورتين يجب على المرتهن رد قيمة ما اشتراه او صالح عليه ، لا رد عينه كما صرح به في العناية وغاية البيان ، لأن الشراء والصلح لم يبطلا لأنهما عقد معاوضة فلا وجه لبطلانهما بهلاك الرهن (صرح به في رد المحتار نقلاً عن الحواشي السعدية خلافاً لما يقتضيه كلام الدر)

وذكر الطحطاوي معزياً للقهستاني ان بطلان الحوالة عند هلاك الرهن ، ظاهر فيما اذا كان الدين مثل قيمة الرهن او اقل . فلو كان الدين اكثر من قيمة الرهن ، ينبغي ان لا تبطل الحوالة فيما زاد عليها ، اي على قيمة الرهن ، لأن الاستيفاء التام لم يتحقق اه قال في رد المحتار : اقول: قدم الشارح اول كتاب الاجارة ان المصنف اعتمد انه اذا فسد العقد في البعض فسد في الكل . تأمل اه .

اقول : ما ذكره القهستاني ، بحث لا يصادم اطلاقهم بطلان الحوالة .

المادة ٧١٩ = ﴿ يجوز ان يعطي المكفول عنه رهناً لكفيله ﴾

بالمال المكفول به . اما بعد تأدية الكفيل للطالب ، فظاهر . واما قبله ، فلما في رد المحتار من الكفالة ان الكفالة توجب ديناً للطالب على الكفيل ، وديناً للكفيل على الأصيل . لكن دين الطالب حالّ ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء . ولذا لو ابرأه او وهب منه الدين ، صح فلا يرجع بادائه اه قال في الخانية : ذكر في الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل فاعطاه المكفول عنه رهناً بذلك ، جاز . ولو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهناً الى سنة ، كان الرهن باطلاً لانه لم يجب المال للكفيل على الأصيل بعدُ .

وكذا لو قال ان مات فلان ولم يؤدك فهو علي ، ثم اعطاه المكفول عنه رهناً ، لم يجز . وعن ابي يوسف ، في النوادر ، يجوز اه

وفي الهندية : من مسائل شتى الكفالة : واذا كفل الرجل عن رجل بمال بأمره ورهنه المكفول عنه رهناً ، فهو جائز . فان هلك الرهن في يد الكفيل صار مستوفياً لما وجب له على المكفول عنه حكماً بهلاك الرهن ، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما استوفاه حقيقة . كذا في المحيط اه .

واطلاقه يقتضي انه لو كان المكفول عنه ، وهو الراهن ، قد قضى الدين للطالب قبل هلاك الرهن ، فله استرداد ما قضاه من الكفيل ، والرهن يهلك بالدين . ويؤيده حصرهم سقوط الدين بالابراء منه او هبته من المدبون ، قولهم ان الرهن لا ينفسخ الا بالرد او الابراء من الدين او هبته من المدبون ، كما قدمناه آنفاً .

لكن نقل الشارح سليم باز عن الهندية ما نصه « لكن لو اعطى المكفول عنه رهناً لكفيله ثم قضى هو دين الطالب ، انفسخ الرهن لسقوط الدين بالاداء اه » وهذا يقتضي ان يهلك الرهن امانة غير مضمون ، فيكون كسقوط الدين بالابراء او الهبة .

لكن لم ارَ هذه العبارة في الهندية، لا في كتاب الرهن ولا في كتاب الكفالة، فليتأمل وليراجع .

المادة ٧٢٠ — ﴿ يجوز ان يأخذ الدائنان من المديون رهناً ان كانا مشتركين في الدين او لا وهذا الرهن يكون مرهوناً في مقابل مجموع الدينين ﴾

حتى لو اوفى المديون احدهما ، فليس له استرداد نصف الرهن ، كما ستصرح به المادة (٧٣٩)

وحاصل المسئلة كما في الدر وحواشيه والزيلعي وتكملة البحر للطوري وغيرها ، انه لو رهن عيناً عند رجلين ، صح ، سواء كانا شريكين في الدين او لا ، وسواء كان الدين من جنسين مختلفين بأن يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير او لا . وتكون جميع العين رهناً عند كل واحد منهما ، لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة . ولا يكون شائعاً باعتبار تعدد المستحق ، لأن موجبه جعله محبوساً بالدين ، وهو لا يقبل الوصف بالتجزي ، فصار كله محبوساً بدين كل واحد منهما ، اذ لا تضايق في استحقاق الحبس . ولهذا لا ينقسم الرهن على اجزاء الدين بل يكون محبوساً بكل الدين وبكل جزء من اجزائه ، فكذا هنا يكون محبوساً بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد ، وبكل جزء من اجزاء دينهما ، فلا شيوع — بخلاف الهبة من رجلين ، حيث لا تجوز عند ابي حنيفة لأن العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل ، فيثبت الشيوع ضرورة . فان تهايئا بأن امسكه هذا يوماً وهذا يوماً ، فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر .

وهذا اذا كان مما لا يتجزأ ، ظاهر . وان كان مما يتجزأ ، وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف . فان دفع احدهما كله للآخر ، وجب ان يضمن الدافع ، بمعنى ضمان الغصب عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، خلافاً لهما .

واصل المسئلة الوديعة فيما اذا اودع عند رجلين شيئاً يقبل القسمة فدفع احدهما كله الى الآخر ، فان الدافع يضمن عنده خلافاً لهما ·

ثم لو هلك الرهن ، ضمن كل واحد منهما حصته ، لأن كل واحد منهما يصير مستوفياً بالهلاك ، اذ ليس احدهما باولى من الآخر ، فيقسم عليهما، لأن الاستيفاء مما يقبل التجزي · فلو كان لاحدهما على الراهن عشرة وللآخر خمسة والرهن ثلاثون درهما فهلك عشرون من الرهن، فتبقى العشرة في يدهما اثلاثاً و يسقط من صاحب العشرة ثلثاه ومن صاحب الخمسة ثلثاه ، فيكون على الراهن لصاحب العشرة ثلث العشرة ، وهي ثلاثة وثلث ، ولصاحب الخمسة ثلث الخمسة ،وهو درهم وثلثا درهم ·
فان قضى دين احدهما فالكل رهن عند الآخر ، لأن كله محبوس بكل جزء من اجزاء الدين ، فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقياً — كما اذا كان المرتهن واحداً · فلو هلك الرهن في يد الثاني يسترد الراهن ما قضاه الى الأول من الدين ،لأن ارتهان كل منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن ، لما مرّ ان كلاً منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر ·

ونظير هذا ما لو اشتري رجلان شيئاً واحداً وادى احدهما حصته ، لم يكن له ان يقبض منه شيئاً ، وللبائع ان يحبسه كله حتى يستوفي ما على الآخر · فان هلك عنده يسترد الدافع ما اداه ، لما قلنا اه ·

✻ تنبيه ✻

انما يصح رهن عين عند رجلين اذا لم ينص على التبعيض · فان نص الراهن عليه وقال رهنت منكما من كل واحد نصفها ، او عند احدكما ثلثاها وعند الآخر ثلث، لم يجز الرهن، كما في حاشية الشلبي على الزيلعي ،معزياً للسراج الوهاج والخلاصة ·
وذكر في صرة الفتاوي معزياً للخانية ان رهن رجل واحد من اثنين انما يصح اذا قبلا · فلو قبل احدهما دون الآخر ، لا يصح · اه منه ·

✻ فرع ✻

ذكر الفقيه ابو الليث في العيون : رجلان لكل منهما الف درهم على رجل فارتهنا منه ارضاً بدينهما وقبضاها ، ثم قال احدهما ان المال الذي لنا على فلان

باطل والارض في ايدينا تلجئة ، قال ابو يوسف رحمة الله تعالى : بطل الرهن لأن الدينين وان اختلفا ولكن الرهن بهما واحد . فاذا اعترف احدهما ببطلان الدين والرهن ، بطل الرهن اصلاً .

وقال محمد رحمه الله تعالى : لا يبطل الرهن ويبرأ الراهن من حصته من الدين ، والرهن بحاله ، لأن الدينين مختلفان . والرهن انما صح بهما حقاً لهما ، فاقراره يصح مبطلاً لحق نفسه دون حق شريكه ، فبطل حق المقر بالدين والرهن ، وبقي حق الآخر على حاله (كذا في تكملة البحر للطوري)

المادة ٧٢١ — ﴿ يجوز لو احد ان يأخذ رهناً واحداً في مقابل دينه الذي على اثنين وهذا ايضاً يكون مرهوناً في مقابلة مجموع الدينين ﴾

فله ان يمسك الرهن الى ان يستوفي جميع ماله من الدين في ذمتهما ، كما ستصرح به المادة (٧٤٠)

وحاصل المسئلة كما في الهداية والدر وحواشيه ، انه لو رهن رجلان عند رجل واحد بصفقة واحدة رهناً سواء كان واحداً او متعدداً بدين له عليهما ، سواء وجب عليهما بصفقة واحدة او كان له على كل واحد منهما دين على حدة ، يصح الرهن ، اذ لا شيوع — لأن رهن الاثنين من واحد يحصل به القبض من غير اشاعة ، فصار كرهن الواحد من الواحد ويكون رهناً بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه بكل الدين ، حتى لو ادّى احدهما ما عليه لم يكن له ان يقبض من الرهن شيئاً ، لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك اه

وفي الهندية : واذا رهن ثلاثة عبداً عند رجل بدين له على كل واحد منهم ، صح . وان هلك الرهن ذهب من دين كل واحد منهم بالحصة من العبد ، وتراجعو فيما بينهم . حتى لو كان له على واحد منهم الف وخمسماية وعلى آخر الف وعلى آخر خمسماية فرهنوا عبداً بينهم اثلاثاً قيمته الفان فهلك ، صار مستوفياً من كل واحد ثلثي ما عليه ، لأن المرهون مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ، والرهن اقل

لأن الدين ثلاثة الاف وقيمة العبد الفان ، فيصير مستوفياً من الدين بقدر قيمة العبد وهي الفان ، والالفان من ثلاثة الاف قدر ثلثيها ، فيصير مستوفياً من صاحب الالف وخمسماية الف درهم ، ومن صاحب الالف ستماية وستة وستين ، وثلثين ومن صاحب الخمسماية ثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلثا ، ويبقى على كل واحد ثلث دينه . ثم الذي عليه الف وخمسماية يضمن لكل واحد من صاحبيه ثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلثاً ، لأنه صار قاضياً من دينه الفاً ، ثلثه من نصيبه وذلك ثلاثماية وثلاثة وثلاثون وثلث ، وثلثه من نصيب من عليه الف ، وثلثه من نصيب من عليه خمسماية ، فيضمن لهما مقدار ما قضى من دينه من نصيبهما . والذي عليه الالف يضمن لكل واحد من صاحبيه مائتين واثنين وعشرين درهماً وتسعي درهم ، لأنه صار قاضياً من دينه ستماية وستة وستين وثلثين ثلثها من نصيبه وذلك مائتان واثنان وعشرون وتسعان ، وثلثها من نصيب من عليه الف وخمسماية وثلثها من نصيب من عليه خمسماية ، فيضمن لصاحبيه مقدار ما قضى من دينه من نصيبهما . والذي عليه خمسماية صار قاضياً من دينه ثلاثمايه وثلاثة وثلاثين وثلثاً ، ثلثه من نصيبه وذلك مائة واحدى عشر وتسع ، وثلثه من نصيب من عليه الف وخمسماية فيضمن لصاحبه مقدار ما قضى من دينه من نصيبهما ، ثم تقع المقاصة بينهم ، تقاصوا او لم يتقاصوا ، لاتحاد الجنس . فمن عليه خمسماية استوجب على من عليه الف وخمسماية ثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلثاً ، وهو قد استوجب عليه مائة واحدى عشر وتسعاً ، فتقع المقاصة بهذا القدر ويرجع عليه بما بقي ، وهو مائتان واثنان وعشرون وتسعان . وكذا من عليه خمسماية استوجب على من عليه الف . مائتين واثنين وعشرين وتسعين ، وهو قد استوجب الرجوع عليه بمائة واحدى عشر وتسع ، فتقع المقاصة بهذا المقدار ، ويرجع عليه بما بقي ، وهو مائة واحدى عشر وتسع . وكذا من عليه الف استوجب الرجوع على من عليه الف وخمسماية بثلاثماية وثلاثة وثلاثين وثلث ، وهو استوجب الرجوع عليه بمائتين واثنين وعشرين وتسعين ، فتقع المقاصة بهذا القدر ويرجع عليه بالفضل ، وهو مائة واحدى عشر وتسع اه

ثم ان المقاصة انما تقع اذا كان الدين متحد الجنس كالمثال السابق ، فلو كان الدين مختلف الجنس ، فلا مقاصة الا بالتراضي ، وصورته ، كما في تكملة الطوري:

لرجل على رجلين دين على احدهما الف درهم وعلى الآخر ماية دينار قيمتهما الف وخمسماية درهم ، فرهنا عبداً مشتركا مناصفة بينهما يساوي الفين وهلك العبد ، ذهب من الدين قيمته ، وذلك الفان ، وبقي خمسماية والفان اربعة اخماس الدين ، فصار كل واحد منهما بالهلاك قاضياً اربعة اخماس دينه ، فصاحب الدراهم قضى ثمانمائة درهم نصفها من حصة صاحبه وهي اربعمائة درهم فيرجع عليه صاحبه بها ، وصاحب الدنانير قضى ثمانين ديناراً نصفها من حصة صاحبه وهي اربعون ديناراً ، فيرجع عليه صاحبه بها . والمقاصة لا تصح من الجنسين المختلفين الا برضاها . اه ملخصاً من الايضاح . وقد وقع هنا غلط فاحش في النسخ المطبوعة من تكملة الطوري ، فيجب تصحيحها على نسخ صحيحة .

❊ الباب الثالث ❊

في بيان المسائل التى تتعلق بالمرهون وينقسم الى فصلين

ـ الفصل الاول ـ

في بيان موءنة المرهون ومصارفه

المادة ٧٢٢ = ❊ على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او بمن هو امينه كعياله وشريكه وخادمه ❊

قال في رد المحتار : المعتبر في كون الشخص عيالا له ان يساكنه سواء كان في نفقته ام لا ، كالزوجة والولد والخادم الذين في عياله ، والزوج والاجير الخاص مشاهرة او مسانهة لا مياومة ويجري مجرى العيال شريك المفاوضة والعنان . ولا يشترط في الزوجة والولد كونهما في عياله اه

وفي الزيلعي : والمعتبر فيه المساكنة ، ولا عبرة بالنفقة . حتى ان المرأة لو دفعت الرهن الى زوجها لا تضمن اه .

وفي الفصل (٣٣) من جامع الفصولين : والعبرة للمساكنة ، الا في حق الزوج والزوجة والولد الصغير والقن ، فلا يضمن بالدفع الى احدهم . وان لم يكن في عياله ونفقته وسكناه بأن يكون في محلة اخرى وهو لا ينفق عليه ، لكن بشرط ان يكون الولد قادراً على الحفظ اه فلو حفظ الرهن بغير هؤلاء ضمنه ضمان الغصب ، يعني قيمته بالغة ما بلغت ، لا ضمان الرهن ، لانه صار غاصباً .

وفي الهداية : لأن الزيادة على مقدار الدين امانة ، والامانات تضمن بالتعدي اه .

كما انه يضمن بايداعه واعارته واجارته واستخدامه وتعديه كقراءته فيه والبيع واللبس والركوب والسكنى بلا اذن .

وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن ، وما لا فلا — الا ان الوديعة لا تضمن بالتلف ، والرهن يضمن بالدين ، كما في جامع الفصولين .

وذكر في رد المحتار ما نصه : والمراد ان الرهن يضمن بهذه الاشياء اذا هلك بسببها اه ولم يظهر لي مفهوم هذا القيد ، ولم ار هذه العبارة لغيره . ولعل المراد انه اذا هلك حال وجودها . تدبر .

وفي جامع الفصولين : المرتهن لو ركب دابة الرهن ليردها على ربها وهلكت في الطريق لم يضمن لو سلمت من ركوبه ، ولا يصدق الا ببينة على سلامتها .

وفيه ايضاً لو خالف ثم عاد ، فهو رهن على حاله . فلو ادعى الوفاق وكذبه راهنه ، صدق راهنه ، لأنه اقر بسبب الضمان اه .

وفيه ايضاً : فلو هلك في حالة الاستعمال ، ضمن كله . ولو هلك بعد فراغه او قبل اخذه للاستعمال ، ضمن بقدر الدين . ولو انتفع به باذن فهلك في حالة الاستعمال ، يهلك امانة . وفي تكملة الطوري عن المنتقى : الأصل ان المرتهن او المستأجر متى امسك العين للحفظ ، لا يضمن . ومتى امسكها للاستعمال ، يضمن . فالحد الفاصل بينهما هو انه متى امسك الشيء في موضع لا يمسك فيه الا للاستعمال والانتفاع فى ذلك الموضع ، فهو استعمال . واذا امسكه فى موضع لا يمسك

فيه للاستعمال ، فهو حفظ ٠

فعلى هذا قالوا اذا تسورت بالخلخال او تخلخلت بالسوار او تعمم بالقميص او وضع العمامة على العاتق ، فهذا كله حفظ وليس باستعمال ، لأن الاستعمال للامساك في موضع لا يمسك للاستعمال ، فكان الامساك للحفظ ٠ واذا تسور بالسوار وما اشبهه ، ضمن ، لأن الامساك وجد في موضع الاستعمال ، فكان استعمالاً وحفظاً اه وعليه فيضمن كل القيمة لو جعل خاتم الرهن في خنصره اليسرى او اليمنى ، سواء جعل فصه ببطن كفه او لا ، لا بجعله في اصبع اخرى ٠ الا اذا كان المرتهن امرأة ، فتضمن ، لأن النساء يلبسن كذلك ، فيكون استعمالاً لا حفظاً ٠ ولو تقلد سيفي الرهن او لبس خاتم الرهن فوق آخر او كان الرهن خاتمين فلبس احدهما فوق الآخر ، يرجع في ذلك الى عادة المرتهن : فاذا كانت عادته ان يتقلد بسيفين كما جرت به عادة الشجعان ، او كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ، ضمن ٠ والا كان حافظاً ، فلا يضمن (افاده في الدر وحواشيه)

وعلى هذا يضمن ايضاً اذا كان من عادته ان يلبس الخاتم في غير الخنصر ٠

هذا ونبه في رد المحتار انه لو مات المرتهن مجهلا يضمن الرهن ، وعزاه للخيرية وغيرها ٠

ثم ان قضى القاضي على المرتهن بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالاً ، فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل ٠ وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون رهناً عنده ، لأنه بدل الرهن ، فيكون له حكم اصله ، فاذا حل الاجل اخذه بدينه ٠ وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين ، كان الضمان رهناً عنده الى ان يقضيه دينه ، لأنه بدل الرهن فأخذ حكمه اه (زيلعي)

والدراهم والدنانير جنسان مختلفان ، كما في رد المحتار ٠

المادة ٧٢٣ — ﴿ للمصاريف التي تلزم لمحافظة الرهن كأجرة المحل والناظر على المرتهن ﴾

ويعني ان اجرة بيت حفظ الرهن واجرة حافظه بتمامها تجب على المرتهن وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ، لأن وجوبها ، اي الاجرة ، بسبب الحبس ، وحق الحبس في الكل ثابت له (درر)

واما موءنة رده على المرتهن ان كان خرج من يده ، كجعل الآبق والدابة النادة ، وكذا موءنة رد جزء منه اليه اي الى المرتهن ، كمداواة عين الرهن اذا ابيضت او مداواة قروحه ومعالجة امراضه ، فان كان قيمة الرهن مثل الدين ، يجب جميعها على المرتهن ، لأن يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ، ويحتاج الى أعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك ، فكانت من موءنة الرد ، فتكون عليه . وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ، فتنقسم الموءنة على المضمون والامانة ، يعني ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن ، وما كان من حصة الامانة فعلى الراهن .

والفرق بين هذا حيث تنقسم الموءنة على المضمون والامانة وبين اجرة البيت والحافظ ، حيث تجب كلها على المرتهن كيف ما كان ، ان وجوب اجرة البيت والحافظ لأجل الحبس ، وحق الحبس في الكل ثابت له كما تقدم . واما الجعل ونحوه ، فانما يلزمه لاجل الضمان ، فيتقدر بقدر المضمون اه (تبيين ومجمع الانهر ملخصاً)

المادة ٧٢٤ — ❋ الرهن ان كان حيواناً فعلفه واجرة راعيه على الراهن . وان كان عقاراً فتعميره وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر مصاريفه التي هي لاصلاح منافعه و بقائه عائدة الى الراهن ❋

قال في الهداية : والأصل ان كل مايحتاج لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن ، سواء كان في الرهن فضل او لم يكن ، لأن العين باق على ملكه . وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه ، لما انه موءنة ملكه ، كما في الوديعة . وذلك مثل النفقه في مأكله ومشربه . واجرة الراعي في معناه ، لأنه علف الحيوان . ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الراهن وسقي البستان وكرى

النهر وتلقيح نخيله وجذاذه اه ومنه ايضاً اصلاح جداره وقلع الحشيش المضرعنه، كما في مجمع الانهر . وفي الجوهرة : فأن شرط الراهن للمرتهن اجراً على حفظ الرهن، لا يستحق المرتهن شيئاً، لان الحفظ واجب عليه – بخلاف الوديعة اذا شرط المودع للمودع اجراً في حفظها، فله الاجر، لان الحفظ ليس بواجب عليه اه . ومثله في الدر عن القهستاني .

والظاهر انه لا يصح الشرط ايضاً لو شرط الراهن على المرتهن ان يقوم بعلف الدابة او بسقي البستان وتلقيحه من ماله، ويبقى ذلك على المرتهن . ولم اره الآن منصوصاً، فليراجع .

واما ما ذكره الشارح سليم باز بقوله « واذا شرط على احدهما ما يجب على الآخر شرعاً فالشرط باطل، وعزاه للدرر، فأني لم ارَ هذه العبارة في الدرر ولا في غيرها . فعليه ابراز النص الصريح .

المادة ٧٢٥ = ❋ كل من الراهن والمرتهن اذا صرف على الرهن ما ليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً وليس له ان يطالب الآخر بما صرفه ❋

كما اذا قضى دين غيره بغير امره – الا ان يأمره القاضي به ويجعله ديناً على الآخر، فحينئذ يرجع عليه . وبمجرد امر القاضي من غير تصريح بجعله ديناً عليه لا يرجع عليه، كما في اللقطة .

وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضراً وان كان بأمر القاضي، لأنه يمكنه ان يرفع الأمر الى القاضي فيأمر صاحبه بذلك . وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى يرجع في الوجهين . وهي فرع مسئلة الحجر، لان القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ امره عليه لانه لو نفذ امره عليه لصار محجوراً وهو لا يملك الحجر عليه عنده . وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يملك، فينفذ امره عليه (زيلعي)

وذكر في رد المحتار ان المفتى به قول الثاني،فلا فرق بين الحاضر والغائب اه٠
وقال فيه ايضاً : بقي ما اذا لم يكن في البلدة قاض ، او كان من قضاة الجور٠
قال العلامة المقدسي : لا يصدق المرتهن على النفقة الا ببينة اه يعني لا يصدق على انه انفق ليرجع ، الا ببينة على الرجوع ، على ما يظهر لي (سايحاني)اه٠
اقول: يعني اذا اشهد انه انفق ليرجع ، يرجع بـلا امر القاضي٠ ثم لو انفق المرتهن على الرهن بأذن القاضي حتى صح له الرجوع بما انفقه ثم حضر الراهن وقضى الدين ، فليس للمرتهن ان يمنع الرهن حتى يستوفي ما انفقه ٠ فان هلك الرهن عند المرتهن ، فالنفقة على حالها (هندية عن المضمرات) اي ويكون الرهن مضموناً بالقيمة لانه بمنعه صار غاصباً ٠

- الفصل الثاني -

❋في الرهن المستعار❋

المادة ٧٢٦ = ❋يجوز ان يستعير احد مال آخر و يرهنه باذنه٠ و يقال لهذا الرهن المستعار❋

علل الجواز في الهداية بأن المعير متبرع باثبات ملك اليد للمرتهن ، فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد ٠ وهو قضاء دين المرتهن من ماله ٠ ويجوزان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن زوالاً في حق البائع اه اي لأن البيع يزيل الملك دون اليد ، حتى يقبض الثمن (طوري)
وقال العيني في شرحه على الهداية : اي ينفصل ملك اليد عن ملك العين من حيث الزوال في حق البائع يعني لو باع بشرط الخيار وسلمه للمشتري ،تزول يده، لا ملكه اه ٠

وفي فتاوي الانقروي عن القنية : ولو رهن دار غيره فأجاز صاحبها ، جاز ، كما لو اعارها ابتداءً اه ٠

المادة ٧٢٧ - ﴿ ان كان اذن صاحب المال مطلقاً فللمستعير ان يرهنه بأي وجه شاء ﴾

اي بأي جنس او قدر . و كذا عند اي مرتهن وفي اي بلد شاء ، لأن الاطلاق واجب الاعتبار ، خصوصاً في الاعارة ، لأن الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ، لأن مبناها على المسامحة (رد المحتار)

المادة ٧٢٨ - ﴿ اذا كان اذن صاحب المال مقيداً بان يرهنه في مقابلة كذا دراهم او في مقابلة مال جنسه كذا او عند فلان او في البلدة الفلانية ليس للمستعير ان يرهنه الا على وفق قيده وشرطه ﴾

لأن تقييد المعير بقدر معين مفيد . اما بنفي الزيادة على ذلك القدر ، فلأن غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه للمرتهن عند الاحتياج الى فكاكه . واما بنفي النقصان عنه فلأن ، غرضه ان يصير مستوفياً لأكثر المالين بمقابلة الرهن عند الهلاك ، ليرجع على المستعير بالكثير لا بالقليل .

و كذلك التقييد بالجنس و بالمرتهن و بالبلد ، لأن كل ذلك مفيد ، لتيسر البعض على المعير بالنسبة الى البعض . وهذا لأنه ربما يكون الانفكاك بالجنس الذي عينه ايسر مما لم يعينه ، فالرضى بجنس لا يكون رضى بآخر - ولتفاوت الاشخاص بالأمانة والحفظ ، فالرضى بالوضع عند رجل لا يكون رضى بالوضع عند آخر . والرضى ايضاً بالحفظ في موضع عينه لا يكون رضاً بالحفظ في موضع آخر ، لأن الاماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة . ثم ان وافق المستعير تقييد المعير وشرطه وهلك عند المرتهن ، صار المرتهن مستوفياً لدينه ووجب مثل الرهن ان كان مثلياً ، وقيمته ان كان قيمياً للمعير على المستعير ، وهو الراهن ، لأنه

صار قاضياً دينه بمال المعير ، وهو الرهن .

هذا ان كان كله مضموناً بأن كان مثل الدين او اقل ، والا بأن كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ، وجب للمعير على المستعير قدر المضمون والباقي امانة . وكذا لو تعيب ذهب من الدين بحسابه ، اي بقدر حصة العيب ، ويجب مثله للمعير على المستعير .

اما اذا خالف المستعير ، فان كان الرهن قائماً في يد المرتهن ، كان للمعير ان يأخذ الرهن من المرتهن ، لأن الرهن لم يصح . فإن هلك في يد المرتهن ، كان المستعير ضامناً .

ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ، وبه يتم عقد الرهن فيما بين المستعير والمرتهن لأنه ملكه باداء الضمان ، فتبين انه رهن ملك نفسه ، وان شاء ضمن المرتهن ، لأن كل واحد منهما متعد في حقه ، فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب . ويرجع المرتهن بما ضمنه وبدينه على المستعير .

اما رجوعه بما ضمن ، فلأنه مغرور من جهة الراهن . واما رجوعه بالدين ، فلأن قبضه انتقض فعاد حقه كما كان . وهذا كما اذا استحق الرهن بعد هلاكه ، ضمن قيمته للمستحق .

هذا اذا هلك في يد المرتهن . اما اذا هلك في يد الراهن قبل رهنه او بعد ما افتكه ، فلا ضمان عليه ، لأنه لا يكون قاضياً دينه بهذا الرهن لأن الهلاك لم يوجد الا والرهن عارية محضة ، فلا يوجد فيه معنى قضاء الدين ، فلا يجب الضمان وان كان المستعير استخدمه او ركبه من قبل ، لأنه امين خالف ثم عاد الى الوفاق .

فان قيل : قد تقرر ان المستأجر او المستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ عن الضمان ، على ما عليه الفتوى ، اجيب بأن ذلك في المستعير لشيء ينتفع به ، وكلامنا في مستعير شيء ليرهنه ، وهو بمنزلة المودع . والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق . والفرق بين المودع حيث يبرأ بالعود الى الوفاق ، وبين المستعير او المستأجر حيث لا يبرأ ، كما في الهداية وشروحها ، ان يد المستعير يد نفسه فلا يصير بالعود راداً على المالك ، لا حقيقةً ولا حكماً ومثله يد المستأجر لأنه يمسك العين لنفسه لا لصاحبها — بخلاف المودع ، لأن يده كيد المالك ، فبالعود الى الوفاق

يصير راداً عليه حكماً .

بقي ما لو اختلفا في زمن الهلاك فقال المعير هلك عند المرتهن ، وقال المستعير قبل الرهن او بعد الافتكاك ، فالقول للراهن مع يمينه ، لانه ينكر الايفاء بمال المعير ، والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان .

ولو اختلفا في قدر ما امره بالرهن به بأن قال المعير امرتك ان ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة ، فالقول للمعير ، لانه لو انكر الامر اصلاً كان القول له ، فكذا اذا انكر وصفاً فيه — والبينة للمستعير لانه المثبت . ولو اختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين كما اذا كان الراهن يدعي الرهن بألف والمرتهن بخمسماية ، فان كان الرهن قائماً يساوي الفاً ، تحالفا وترادا . ولو هالكاً ، فالقول للمرتهن لانه ينكر زيادة سقوط الدين . ولو اختلفا في قيمة الرهن بأن اتفقا على انه بألف وقال المرتهن قيمته خمسماية وقال الراهن الف ، فالقول للمرتهن ، الا ان يبرهن الراهن لانه ادعى زيادة الضمان . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والهداية وشرحها للعيني ومجمع الانهر وغيرها .

— الباب الرابع —

في بيان احكام الرهن وينقسم الى اربعة فصول

— الفصل الاول —

في بيان احكام الرهن العمومية

المادة ٧٢٩ — ❊ حكم الرهن هو ان يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه وان يكون احق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن اذا توفي الراهن ❊

يعني ان حكم الرهن المنعقد الذي اثبته الشارع للمرتهن، ان يملك حال حياة الراهن حق حبسه ، حتى يكون احق بامساكه الى وقت ايفاء الدين ، و بعد مماته ان يكون احق به من سائر غرمائه ، فيستوفي منه دينه ، وما فضل فهو للغرماء .

وخرج بالمنعقد الرهن الباطل كرهن ما لا يجوز بيعه و كرهن المشاع على احد قولين ، فإنه لا حكم له اصلاً ، بل هو امانة محضة في يد المرتهن — ودخل الرهن الفاسد ، فإن له حكم الصحيح كما تقدم في شرح قوله « الفصل الثاني في بيان شروط انعقاد الرهن »

وقد تقدم ايضاً في شرح المادة (٧١٨) ان الرهن لا ينفسخ بمجرد الفسخ، حتى لو تفاسخاه لا ينفسخ و يبقى الحكم المذكور ثابتاً للمرتهن الا ان يرد الرهن الى الراهن ، فليراجع .

و بقي للرهن احكام ليست هي من احكامه العامة ، بعضها قد ذكر وسيذكر مشتتاً ، و بعضها لم يذكر اصلاً ، سنستوفيها موضحة في مسائل شتى آخر كتاب الرهن .

المادة ٧٣٠ = ✵ لا يكون الرهن مانعاً عن مطالبة الدين وللمرتهن صلاحيّة مطالبته بعد قبض الرهن ايضاً ✵

لأن حقه بعد قبض الرهن باق والرهن لزيادة الصيانة ، فلا تمتنع المطالبة . وكذا لا يمتنع الحبس به ، لأنه جزاء الظلم ، وهو المماطلة . فاذا اظهر مطله عند القاضي يحبسه ، اي الراهن (هداية)

وفي شرحها للعيني : وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه اذا كان حالاً ، ولا يمنعه الارتهان ولا كون الرهن في يده . و كذلك اذا كان موجلاً وحل ، فان خاصمه الى الحاكم اوجب عليه دفع الدين . فان امتنع حبسه به اه .

وفي التبيين للزيلعي: اذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن اولاً ليعلم انه باق ولأن قبض الرهن قبض استيفاء ، فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء ، لأنه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن ،

وهو محتمل . واذا احضر المرتهن الرهن امر الراهن بتسليم الدين اولاً ليتعين حق المرتهن في الدين ، كما تعين حق الراهن في الرهن ، تحقيقاً للتسوية بينهما ، كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن اولا ، لما ذكرنا . وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد ، فان كان الرهن مما لا حمل له ولا موءنة ، فكذلك الجواب ، لان الاماكن كلها كبقعة واحدة في حق التسليم . ولهذا لا يشترط فيه مكان الايفاء في باب السلم بالاجماع . وان كان له حمل وموءنة ، يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن ، لانه نقل ، والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل ، لانه يتضرر به زيادة ضرر لم يلزمه في العقد اه .

وقال في حاشيته للشلبي ، نقلاً عن الغاية والكافي : والحاصل ان المرتهن اذا طالب الراهن بدينه ، فلا يخلو اما ان يكون الطالب في البلد الذي وقع عقد الرهن فيه ، او في غيرها . فان كان فيها ، امر المرتهن اولا باحضار الرهن سواء كان له حمل وموءنة ، او لا . فاذا احضره ، امر الراهن بتسليم الدين . وان كان في غيرها ، فكذلك فيما لم يكن له حمل وموءنة . وان كان له حمل وموءنة ، يأخذ دينه ولا يوءمر بالاحضار اه

اقول : والظاهر ان المراد بالاحضار في قولهم : «واذا طلب المرتهن دينه امر باحضار رهنه الخ» ، اراءته للرهن بحيث تمكن فيه التخلية الواجبة عليه بعد قبض الدين ، وهذا لا فرق فيه بين ان يكون الرهن مما له حمل وموءنة او لا يكون ، اذ لا نقل فيه من موضع لآخر . والاراءة المذكورة انما تمكن فيما اذا كان الطالب في البلد الذي فيه الرهن ، بخلاف ما اذا كان في غيرها . وعن هذا ارجبوا على الطالب احضار الرهن مطلقاً اذا كان في البلد الذي فيه الرهن ، وفصلوا فيما اذا كان في غيرها بين ما اذا كان له حمل وموءنة فلا يجب عليه احضاره ، وبين ما ليس له ذلك ، فيجب .

وبهذا تعلم ان حمل العلامة الطحطاوي ما في الدر عن شرح المجمع من اطلاق استثناء ماله حمل وموءنة ، على ما اتفقوا عليه من تقييد ذلك الاستثناء في حالة ما اذا كان الطالب في غير البلد الذي فيه الرهن ، هو في محله . وان تنظير العلامة ابن عابدين فيه ساقط .

ثم كما يكلف المرتهن احضار الرهن لاستيفاء كل الدين ، يكلف ايضاً لاستيفاء نجم قد حل . هذا اذا ادعى الراهن هلاك الرهن وطلب من القاضي ان يأمره بالاحضار ، ليظهر حاله فيأمره به ان كان في بلد الرهن . اما اذا لم يدع هلاكه ، فلا حاجة الى احضاره ، اذ لا فائدة فيه (كذا في رد المحتار معزياً للنهاية ، ومثله في التبيين للزيلعي)

واختار ابن الشحنة رجوع القيد لمسئلة استيفاء النجم فقط ، فقال: يلزم الاحضار مطلقاً في مسئلة قضاء الدين كله . واما في قضاء نجم منه ، فلا يلزم الا بدعوى الراهن الهلاك لا بدفع نجم منه لا يكون مستوفياً لجميع الحق ، فلا يجبر على احضار جميع الرهن ، لكن بدعوى الهلاك توجه الطلب ، فيلزم الاحضار . ثم ان التحليف على هذا التفصيل .

قال في رد المحتار بعد نقله : اقول ، وبالله استعين : الذي يظهر لي ان القيد للمسئلتين كما فهمه الشرنبلالي ، فلا يلزم القاضي امر المرتهن بالاحضار الا اذا طلبه الراهن وادعى الهلاك ، لانه حقه . يدل عليه انه في الذخيرة قيد التحليف على عدم الهلاك بطلب الراهن ، وتبعه القهستاني . ومثله في غرر الافكار . وفي البزازية : وان ادعى اي الراهن ، هلاكه ، يحلف المرتهن على قيامه . فاذا حلف ، امر ، اي الرهن ، باداء الدين اهو لم يقيدوه بصورة وفاء الدين بتمامه او وفاء نجم منه . وقد علمت مما مر استواء الامر بالاحضار والتحليف وجريان النزاع فيها ، فحيث كان المنقول انه لايجب على القاضي تحليفه الا بطلب صاحب الحق فكذا لا يجب عليه الاحضار الا بالطلب مطلقاً . هذا ما ظهر لفهمي القاصر ، والله تعالى اعلم

وهو كلام وجيه لا ينبغي العدول في الافتاء عنه لابتنائه على النقل الصريح فافهم . واعلم انه لا يكلف مرتهن قد طلب دينه احضار رهن قد وضع عند العدل بأمر الراهن ، لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره ، فلم يكن احضاره في قدرته . وكذا لا يكلف لاحضار ثمن رهن باعه المرتهن بأمر الراهن ولم يقبض الثمن ، لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه ، وهو دين . ولو قبضه يكلف لاحضاره لقيام البدل مقام المبدل اي لقيام الثمن مقام الرهن

اه ملخصاً من الدر وحواشيه والهداية .

وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه ، والذي في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول لا ادري لمن هو ، يجبر الراهن على قضاء الدين ، لان احضار الرهن ليس على المرتهن ، لأنه لم يقبض منه . وكذا اذا غاب العدل ولا يدري اين هو ، لما قلنا . بخلاف ما اذا جحد الذي اودعه العدل الرهن بأن قال هو مالي ، حيث لا يرجع المرتهن على الراهن حتى يثبت انه رهنه لأنه لما جحد فقد نوى المال . والتوى على المرتهن ، فتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به (زيلعي)

المادة ٧٣١ — ﴿ اذا أُوفي مقدار من الدين لا يلزم رد مقدار من الرهن الذي هو بمقابلته وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وامساكه الى ان يستوفي تمام الدين . ولكن لو كان المرهون شيئين وكان قد سمى لكل منهما مقدار من الدين اذا ادى مقدار ما تعين لأحدهما فللراهن تخليص ذلك فقط ﴾

لأنه عند عدم التسمية لكل من المرهونين قدراً من الدين يكون الرهن كله محبوساً بكل جزء من اجزاء الدين ، مبالغة في حمله على قضاء الدين . اذ لو امكن للراهن اخذ ما يحتاج اليه من الرهن يتكاسل في قضاء الباقي . وهذا كالمبيع ، فان المشتري اذا ادى حصة بعض المبيع من الثمن لا يتمكن من اخذه ، لما قلنا — بخلاف ما اذا سمى لكل واحد من الشيئين مقداراً من الدين ، فإن له ان يقبض احدهما اذا ادى ما سمى له ، بخلاف البيع ، لتعدد العقد بتفصيل البدل في الرهن ، لا في البيع ، لان قبول العقد في احد المرهونين لا يكون شرطاً لصحة العقد في الآخر ، حتى اذا قبل في احدهما ، صح فيه بخلاف البيع ، لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن . ولهذا لو قبل البيع في احدهما دون الآخر ، بطل البيع في الكل

لان البايع يتضرر بتفريق الصفقة عليه . وصورة التسمية لكل منهما مقداراً من الدين ان يقول رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمساية وسلمهما اليه ثم نقد خمسماية وقال اديت هذه عن هذا العبد واراد اخذه ، كان له ذلك على رواية الزيادات ، وهي الاصح كما في التبيين والكفاية . واما لو قال احدهما بعشرين والآخر بالباقي ولم يبيّن هذا من هذا ، لم يجز الرهن، لانها جهالة تفضي الى المنازعة عند هلاك احدهما ، او استرداده (كذا في رد المحتار عن الكافي)

المادة ٧٣٢ = ﴿ لصاحب الرهن المستعار ان يوآخذ الراهن المستعير بتخليصه وتسليمه اياه واذا كان المستعير عاجزاً عن اداء الدين لفقره ، فللمعير ان يوءدي ذلك الدين ويستخلص ماله من الرهن ويرجع بذلك على الراهن ﴾

يعني ان المرتهن يجبر على قبول الدين من المعير لانه يريد بذلك تخليص ملكه ، فهو مضطر اليه ، بخلاف ما اذا كان موءدي الدين اجنبياً ، لأنه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته ، فكان للطالب ان لا يقبل (هداية)

ثم انما يرجع المعير على الراهن بما دفعه للمرتهن اذا كان ما دفعه مساوياً لقيمة الرهن او اقل منه . اما اذا كان اكثر ، فلا يرجع الا بمقدار قيمة الرهن . بيانه : اذا كانت قيمة الرهن الفاً فرهنه بألفين وافتكه المالك بألفين ، رجع بألف وهو متبرع بالزائد . واستشكله الزيلعي بأن المالك لا يصل الى تحصيل ملكه الا بأيفاء جميع الدين ، فهو مضطر ، فكيف يكون متبرعاً ؟ — واجيب بأن الضمان انما وجب للمعير على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه ، فكان له الرجوع بقدر ما يتحقق به الايفاء . يعني ان الرهن لو هلك في يد المرتهن صار المعير مستوفياً لهذا القدر ، ولم يكن له ان يرجع على المستعير بأكثر منه . فكذا اذا قضى بنفسه لم يرجع

بأكثر منه (افاده في الجوهرة وشروح الهداية وغيرها) على ان التقصير قد وجد من المعير لكونه لم يقيد الرهن بالقيمة من اول الامر . فاذا ترك ما يدفع عنه الضرر ، كان في دفع الزائد مختارا (رد المحتار عن السايحاني)

ثم اعلم انه انما يسوغ للمعير مطالبة المستعير بالرهن اذا كانت العارية غير موقتة ، او موقتة ومضى الوقت ، والاّ فلا . ففي رد المحتار عن فتاوي ابن نجيم : وليس له ، اي للمعير ، مطالبة المستعير بالرهن قبل مضي المدة . فأذا مضت وامتنع من خلاص الرهن المستعار من المرتهن ، اجبر عليه اه وكذا افتى في الحامدية فيمن اعار من غيره امتعة معلومة مدة معلومة ليرهنها عند بكرٍ على مبلغ معلوم ومضت مدة العارية ، ان له ان يطلب الامتعة من المستعير ويأخذها منه . قال : وافتى به في الخيرية والاسماعيلية .

قال في رد المحتار ، بعد نقل ما تقدم عن فتاوي ابن نجيم : ولا يخالف هذا ما في الذخيرة : استعاره ليرهنه بدينه فرهنه بمابة الى سنةٍ ، فللمعير طلبه منه وان اعلمه انه يرهنه الى سنةٍ اه لان الرهن هنا فاسد لتأجيله ، وكلامنا في تأجيل العارية ، تأمل اه وبمثل هذا علّل في الخيرية ، حيث اجاب عن رجل رهن عند آخر اسباباً استعارها من آخر ليرهنها وعين للرهن مدة ، بأن للمعير استردادها بلا شبهة ، اذ العقد المذكور فاسد ، لان الاجل في الرهن يفسد ، والفاسد يجب اعدامه لا تقريره اه .

وبمثله افتى في سوآلٍ غير السوآل الاول في الحامدية مصرحاً بأن للمعير اخذه من يد المرتهن ، معللاً بما ذكر من فساد الرهن .

ثم قال منقحها العلامة بن عابدين : اقول : هذا ظاهر اذا كان التوقيت للرهن . اما لو كان الموقت هو العارية والرهن مطلق عن الوقت ، فهل يقال ان الرهن فاسد ايضاً نظراً الى ان المستعير لا يملك رهنه زائداً على المدة فيكون الرهن موقتاً ايضاً ؟ لم اره ، فليراجع والظاهر الفساد اه .

ثم استظهر ايضاً انه ليس له طلب العارية قبل الوقت ، لتعلق حق المرتهن . وبعد الوقت له الطلب على الراهن ، مستدلاً بما تقدم عن فتاوي بن نجيم .

ولا يخفى ما في هذا الكلام من التدافع . فأنه اذا فسد الرهن بمجرد توقيت العارية كما استظهره او لا ، فله استرداد الرهن من المرتهن سواء مضي الوقت او لا ،

لما تقدم عن الخيرية من ان الفاسد يجب اعدامه لا تقريره · والذي يظهر لي ان هذا الكلام غير محرر ، وان التعليل بفساد الرهن غير صحيح ، لما تقرر في عامة المعتبرات ان فاسد الرهن كصحيحه من سائر الوجوه والاحكام · ومن ادعى ان ما تقرر في جميع المعتبرات خاص بما اذا كان الرهن غير مستعار ، فليأت بالنقل الصريح ·

وتحقيق المسئلة ان العارية ان كانت موقتة بمدة ، فليس للمعير ان يطالب المستعير بأيفاء الدين وتخليص الرهن من المرتهن ، حتى تمضي المدة · وان كانت مطلقة عن الوقت او موقتة ومضى الوقت ، فله ان يطالبه بذلك متى شاء ، لا فرق في ذلك بين ان كان عقد الرهن صحيحاً او فاسداً · واما المرتهن فليس له مطالبته اصلاً ، ولا يجبر على تسليم الرهن قبل قبض دينه مطلقاً — الا اذا قيد المعير للمستعير بقيد وخالف ، فحينئذ يسوغ له فسخ الرهن واسترداده من المرتهن ، لبطلان الرهن حينئذ ، لانه صار بالمخالفة مغصوباً وخرج عن كونه عارية ، كما تقدم ·

وما نقله عن الذخيرة منطبق على هذا ، لان العارية فيه مطلقة عن الوقت ، فللمعير طلبها متى شاء ، لكن من المستعير ليخلصها من المرتهن بدفع الدين اليه او رهن آخر غيرها ، لا من المرتهن ، فان له امساكها حتى يقبض دينه ، سواء كان الرهن صحيحاً او فاسداً بأن كان الرهن موقتاً · واعلام المستعير للمعير بأنه يرهنه الى سنة لا يلزم منه توقيت العارية بسنة ، حتى يخالف ما تقدم عن فتاوى بن نجيم من انه ليس له مطالبته بالرهن قبل مضي المدة ، كما هو ظاهر — كما لا يلزم منه ان يكون الرهن موقتاً الى سنة حتى يكون العقد فاسداً ، اذ يحتمل ان يكون معناه يرهنه بدين مؤجل الى سنة وتأجيل الدين لا يوجب فساد الرهن ، وانما يفسده توقيت نفس الرهن ، كما في شرح الحموي على الاشباه · ويحتمل ان يكون معناه يرهنه رهناً موقتاً بسنة ، وهذا ايضاً بمجرد كونه خطاباً للمعير لا يفسد الرهن ، ما لم يكن عقد الرهن مع المرتهن مشروطاً فيه التوقيت ·

والحاصل ان ما في تنقيح الحامدية غير محرر ، وان تعليل الخيرية والحامدية بفساد الرهن غير صحيح ، هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل ·

المادة ٧٣٣ · ﴿ لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن ﴾

المادة ٧٣٤ — ﴿ اذا توفي الراهن فان كانت الورثة كباراً اقاموا مقامه ويلزمهم اداء الدين من التركة وتخليص الرهن . وان كانوا صغاراً او كباراً الا انهم غائبون عن البلد اي هم في محل بعيد عنها مدة السفر فالوصي يبيع الرهن بأذن المرتهن ويوفي الدين من ثمنه ﴾

المراد بالوصي هنا الوصي المختار ، يعني وصي الميت لقيامه مقامه . فان لم يكن له وصي ، فأن كانت الورثة صغاراً ، نصب له القاضي وصياً وامره ببيع الرهن ، لان نظره عام (ذكره في الدر متناً وشرحاً)

قال في حاشية رد المحتار : فلو كانوا كباراً غائبين ، ففي العمادية من الفصل الخامس عن فتاوي رشيد الدين : للقاضي نصب الوصي اذا كان الوارث غائباً ، ويكتب في نسخة الوصاية انه جعله وصياً ، ووارث الميت غائب مدة السفر اه — وظاهره الاطلاق ، يعني سواء كانت الغيبة منقطعة او لا .

لكن ذكر في العمادية قبل ما تقدم عن فتاوي رشيد الدين ، معزياً للعدة : للقاضي ان ينصب عن المفقود وصياً لطلب ديونه من الغرماء ، ولا ينصب عن الغائب . ولو ان قوماً ادعوا حقوقاً على الميت ووارثه غايب غيبة منقطعة ، يجوز نصب الوصي عنه ، لان الغيبة المنقطعة بمنزلة الموت . وان لم تكن الغيبة منقطعة ، لا يجوز نصب الوصي اه ومثله في جامع الفصولين .

ونقل في البحر عن بعض الفتاوي : وينصب القاضي وصياً عن المفقود لحفظ حقوقه ، ولا ينصب عن الغائب اه وعن هذا قال محشية الخير الرملي : فقد اختلف النقل في نصب الوصي عن الغائب ، ويمكن ان يحمل كلام النافي على ما اذا كان مكانه معروفاً ولم تكن غيبته منقطعة ، وعلى ما لم تدع اليه الضرورة اه .

وبهذا تعلم ان ما اطلقه في رد المحتار في محل التقييد ، فافهم .

ويجيء في الفصل الرابع في بيع الرهن حكم ما اذا غاب الراهن غيبة منقطعة او

غير منقطعة وخيف فساد الرهن وحكم ما اذا وكل الراهن المرتهن او غيره في بيع الرهن ثم مات الراهن ·

المادة ٧٣٥ – ❊ ليس للمعيران يأخذ ماله من المرتهن ما لم يؤد الدين الذي هو في مقابلة الرهن المستعار سواء كان الراهن المستعيرحياً او كان قد مات قبل فك الرهن ❊

لما تقدم من صحة رهن المستعار ، فتجري عليه جميع احكامه : ومنها حق حبسه للمرتهن الى ان يقبض جميع دينه · نعم لو كانت العارية مقيدة وخالف المستعير ، فللمعير استرداده من المرتهن لبطلان الرهن حينئذٍ ، لصيرورة المرهون بالمخالفة مغصوباً ، وقد تقدم هذا في شرح المادتين ٧٢٨ و٧٢٩ ·

المادة ٧٣٦ = ❊ لو توفي الراهن المستعير حال كونه مفلساً مديوناً يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهوناً · ولكن لا يباع بدون رضي المعير · واذا اراد المعير بيع الرهن وايفاء الدين فان كان ثمنه يفي بالدين فيباع من دون نظر الى رضى المرتهن · وان كان ثمنه لا يفي الدين فلا يباع من دون رضي المرتهن ❊

اما عدم جواز بيعه بدون رضى المعير ، فلانه ملكه فلا يباع بلا اذنه · واما عدم توقفه على رضاء المرتهن فيما اذا كان فيه وفاء ، فلأن حقه ، في استيفاء الدين ، وقد حصل · واما توقفه على رضاء المرتهن فيما اذا لم يكن فيه وفاء ، فلأن له في الحبس منفعة ، فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء ، او تزداد قيمته بتغيّر السعر فيستوفي منه حقه (افاده الزيلعي وغيره)

المادة ٧٣٧ – ﴿لو توفي المعير ودينه ازيد من تركته يؤمر الراهن بتأدية دينه وتخليص الرهن المستعار﴾

اي يجبر على ذلك ليصل كل ذي حق الى حقه (زيلعي)قال في رد المحتار: وانظر لو كان الدين مؤجلاً ، هل يجبر او ينظر اه– اقول : لا معنى لهذا التردد، فأن ورثة المعير قائمون مقامه ، كما صرحوا به . وقد تقدم في شرح المادة (٧٣٢) ان العارية ان كانت موقتة ، فليس للمعير طلبها حتى يمضي الوقت ، وبعد مضيه . وكذا اذا كانت مطلقة عن الوقت ، له طلبها متى شاء ، بلا نظر الى كون دين الرهن مؤجلاً او حالا ، وان تأجيل دين الرهن لا يوجب توقيت العارية ،فليتدبر.

﴿وان كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله ولكن لورثة المعير اداء الدين وتخليصه . واذا طالب غرماء المعير بيع الرهن فان كان ثمنه يفي الدين يباع من دون نظر الى رضى المرتهن وان كان لا يفي فلا يباع بدون رضاه﴾

لما مر في المادة السابقة في مسئلة موت المستعير من ان له في الحبس منفعة ، اي فلعل ورثة المعير يحتاجون الى الرهن فيخلصونه بالايفاء .

قال الزيلعي : ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المعير ، لا يباع الا برضاهم ، وان كان يفي ، يبع بغير رضاهم ، لوصول حقهم اليهم . وكذا الحكم لو مات المعير والمستعير اه اي كلاهما .

المادة ٧٣٨ – ﴿اذا توفي المرتهن فالرهن يبقى مرهوناً عند

ورثتــه ﴾

او عند الوصي المختار او المنصوب رد المختار٠

المادة ٧٣٩ = ﴿ اذا اعطى احد لاثنين رهناً في مقابلة طلبهما واوفى احدهما فليس له استرداد نصف الرهن ومالم يقضهما جميع مالهما في ذمته ليس له تخليص الرهن منهما ﴾

لما تقدم في شرح المادة (٧٢٠) من ان عقد الرهن حيث اضيف الى كل العين في صفقة واحدة كانت العين محبوسة بدينهما وبدين كل واحـد منهما على الانفراد ، وبكل جزء من اجزاء دينهما ، فلا يكون له استرداد شيء من الرهن ، ما دام شيء من دينهما باقياً ، كما اذا كان المرتهن واحداً ٠

﴿ تتمـة ﴾

اقام رجلان كل واحد البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده او في يدهما وقبضه ، فهو باطل ، لأن كل واحد اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ، ولا وجه الى القضاء لكل منهما بالكل ، لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهناً لهذا وكله رهناً لذاك في حالة واحدة ، ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ، ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع ، فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ٠ ولا يقال انه يكون رهناً لهما كانهما ارتهناه معاً كما هو الاستحسان عند جهالة التاريخ ، لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة ، لأن كلا منهما اثبت ببينته حبساً يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء ، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء ، وليس هذا عملا على وفق الحجة ٠ وما ذكرناه وان كان قياساً ، لكن محمداً رحمه الله تعالى اخذ به لقوته واذا وقع باطلا ، فلو هلك في ايديهما ، يهلك امانة ، لان الباطل لا حكم

له (هداية)

وهذا ان لم يؤرخا ، او ارخا وتاريخها سواء . فان ارخا وتاريخها مختلف ، كان صاحب التاريخ الاقدم اولى ، لأنه اثبت العقد في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكذلك ان ارخ احدهما فقط ، لظهور العقد في حقه من وقت التاريخ ، وفي حق الآخر للحال . وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما ، كان ذو اليد احق لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده ، فهو اولى (كذا في الدر وحاشيته رد المحتار)

وهذا كله مفروض فيما اذا وقعت الدعوى في حال حياة الراهن . اما لو مات الراهن والرهن في ايديهما او في ايدي ورثة الراهن ، فبرهن كل ان الرجل رهنه هذا الشيء ، ولم يؤرخا او ارخا على السواء ، كان في يد كل واحد نصفه رهناً بحقه . وهذا استحسان ، وهو قول ابي حنيفة ومحمد . وفي القياس هذا باطل للشيوع ، كما في حالة الحياة ، وهو قول ابي يوسف .

وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه ، وحكمه في حالة الحياة الحبس ، والشايع لا يقبله . وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه ، والشايع يقبله . فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امرأة او ادعت اختان او خمس نسوة النكاح على رجل ، فان البينتين تهاترتا في حالة الحياة ، وقبلناها بعد الممات ، لأن حكمها في حال الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة ، وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام (زيلعي)

وقيدنا بكون الشيء في ايديهما او في يد ورثة الراهن ، احترازاً عما لو كان في يد احدهما ، فانه يقضي به لذي اليد كما في حالة الحياة . وقيدنا بكونهما لم يؤرخا او ارخا على السواء ، احترازاً عما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق ، فانه يقضي له كما قدمناه . وبقي ما لو ارخ احدهما . وقياس ما مر انه لو كان الآخر ذا يد وحده ، قضي له ، والا فللمؤرخ . هذا ما ظهر لي ، تأمل (كذا في رد المحتار)

المادة ٧٤٠ - ﴿ من اخذ من مدبونيه رهناً فله ان يمسك الرهن الى ان يستوفي جميع ماله من الدين بذمتهما ﴾

فلو ادي احدهما ما عليه ، لم يكن له ان يقبض من الرهن شيئاً ، لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الامساك (رد المحتار) وتقدم الكلام على هذا مستوفي في شرح المادة (٧٢١)

وفي الخانية : فان ادى الحاضر جميع الدين ، لم يكن متطوعاً في اداء كل الدين ، وكان له ان يقبض كل العبد . فان قبض ولم يمنع من الشريك حصته من العبد فهلك العبد في يده ، فانه يهلك بجميع الدين ، الا ان يكون اكثر من قيمة العبد ، فيرجع على صاحبه بنصف الفضل ايضاً . ويكون نصف العبد في هذا الموضع بمنزلة الرهن في يده . وهذا قول محمد رحمه الله تعالى اه.

ومفاده انه لو منع من الشريك حصته من العبد بعد الطلب ، لا يكون بمنزلة الرهن ، بل يكون مضموناً ضمان الغصب . ومفاهيم الكتب حجة . وبهذا تعلم ان الشارح سليم باز قد اختصر عبارة الخانية اختصاراً مخلا

وفي الخانية ايضاً : رجلان رهنا متاعاً بدين له عليهما فادعى المرتهن الرهن عليهما فجحدا فأقام البينة على احدهما على هذا الوجه ، فانه يستحلف الآخر بالله ما رهنه . فان نكل ، ثبت الرهن عليهما ، على احدهما بالبينة وعلى الآخر بالنكول . وان حلف ، رد المرتهن الرهن عليهما ، لأن الرهن لم يثبت في نصيب الحالف ، فيتعذر القضاء بالرهن في نصيب الآخر ، لأنه شايع . ولو كان الراهن واحداً والمرتهن اثنين فقال احدهما ارتهنت انا وصاحبي هذا العين منك بماية درهم واقام البينة والمرتهن الآخر يجحد ، فيقول لم ارتهن والراهن يجحد الرهن ، فعن ابي يوسف رحمه الله تعالى : فيه روايتان : في رواية يرد الرهن على الراهن ، وفي رواية كل العين يكون رهناً للمدعي بحصته من الدين ، ولا يبطل الرهن بجحود صاحبه . وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى : اقضى ببينة المدعي

رهناً ، واجعله في يد الذي اقام البينة او في يد عدل · فاذا قضى الراهن مال الذي اقام البينة ، اخذ الرهن · وان هلك الرهن يذهب من الدين نصيب الذي اقام البينة اه ·

المادة ٧٤١ — ✻ اذا اتلف الراهن الرهن او عابه يضمن · وكذلك المرتهن اذا اتلفه او عابه يسقط من الدين مقدار قيمته ✻

اما ضمان الراهن ، فلأن الرهن وان كان ملكه ، لكن حق المرتهن فيه، وهو حبسه الى ان يقبض دينه ، محترمٌ ، فيضمن نقصانه فيما اذا عابه ، وتمام قيمته يوم الهلاك فيما اذا اتلفه ، ليكون ما ضمنه بيد المرتهن رهناً وكان العين المرهونة ، لأنه بدله · حتى اذا حل الاجل استوفى المرتهن دينه منه لو من جنس دينه، لأن الغريم له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه · وان كان فيه فضل ، رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء · وان كان اقل من حقه ، رجع عليه بالزيادة ، لعدم ما يسقطه · وان كان من غير جنس دينه. حبسه الى ان يستوفي حقه (زيلعي)

هذا اذا كان الدين موجلا · فان كان حالاً ، فليس على الراهن سوى دفع الدين بتمامه ، ولا ضمان حينئذ ، لأنه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين ، فلا فائدة فيه ·

واما ضمان المرتهن ، فلأنه اتلف مال الغير فيلزمه قيمته يوم القبض ، لأنه مضمون بالقبض السابق ، كما يأتي ، فتكون رهناً في يده لأنه احق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في ما قام مقامه · فاذا حل الاجل ،والدين من جنس القيمة، استوفى منها · ولو فيها فضل ، ردّه · وان نقصت القيمة عن الدين ، رجع بالزيادة (افاده في الدر وحواشيه)

✻ تنبيه ✻

لو وقف الراهن العين المرهونة بعد تسليمها للمرتهن، فان كان الراهن موسراً، نفذ

الوقف، وان كان بغير اذن المرتهن ، واجبره القاضي على دفع ما عليه من الدين للمرتهن . وان كان معسراً ، ابطل القاضي الوقف وباعه فيما عليه (افاده في رد المحتار عن الاسعاف)

المادة ٧٤٢ — ﴿ اذا اتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم اتلافه وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن ﴾

والخصم في تضمينه هو المرتهن ، كما في الهداية . ثم انما تعتبر قيمته يوم الاتلاف ، بالنسبة الى ما يضمنه الاجنبي للمرتهن . اما بالنسبة الى ما يضمنه المرتهن للراهن ، فتعتبر يوم القبض ، لأنه مضمون عليه بالقبض السابق ، كما تقدم آنفاً . حتى لو كانت قيمته يوم الهلاك خمسماية وقد كانت يوم الرهن الفاً كالدين ، ضمن الاجنبي للمرتهن خمساية وصارت رهناً وسقط من الدين خمساية .

بقي ما اذا نقصت قيمة الرهن بتراجع السعر الى خمسماية ، وقد كانت يوم القبض الفاً ، فإن بقي الرهن قائماً الى حين استيفاء الدين ، يكون ذلك النقصان غير مضمون ، لأن الرهن بحال قيامه يمكن ان تصير ماليته بالتراجع ، كما كانت يوم القبض ، فلا يعتبر التغير — بخلاف ما اذا تلف بعد تراجع السعر ، فأن النقصان المذكور يكون مضموناً و يسقط من الدين بقدره ، لأن الرهن لم يبق بحال يمكن ان تعود ماليته كما كانت . وحينئذ فان كان متلفه هو الاجنبي ، ضمن للمرتهن قيمته يوم الهلاك ، وسقط من دين المرتهن مقدار ما تراجع به السعر . وان كان المتلف هو المرتهن ، ضمن قيمته يوم القبض ، يعني يسقط من الدين مقدار ما تراجع به السعر لأن ما انتقص كالهالك بآفة سماوية ، ويجب عليه الباقي بالاتلاف ، وهو قيمته يوم التلف .

والحاصل ان نقصان السعر لا يضمن مع بقاء العين . اما اذا تلفت العين ، فالضمان بالقبض السابق وضمان الاتلاف من غير جنس ضمان الرهن ، فلذا وجبت قيمته يوم الاتلاف ووجب الفضل بالقبض السابق على ضمان الرهن (افاده في رد

المختار ومثله في شروح الهداية والزيلعي)

- الفصل الثاني -

في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

المادة ٧٤٣ - ﴿ رهن كل من الراهن والمرتهن المرهون عند شخص بدون اذن الآخر باطل ﴾

قال في الهندية ، معزياً لخزانة المفتين : ليس للمرتهن ان يرهن الرهن . فان رهن بغير اذن الراهن ، كان للراهن الأول ان يبطل الرهن الثاني ويعيده الى يده . ولو هلك في يد الثاني قبل الاعادة الى الأول ، فالراهن الأول بالخيار : ان شاء ضمن الأول ، وان شاء ضمن الثاني . فان ضمن الأول ، فيكون ضمانه رهناً وملكه المرتهن الأول ، فصار كأنه رهن ملك نفسه ، وهلك في يد المرتهن الثاني بالدين . وان ضمن المرتهن الثاني ، يكون الضمان رهناً عند المرتهن الأول ، وبطل الرهن الثاني ، ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما ضمن وبدينه اه .

وفي واقعات المفتين ، لقدري افندي : رهنه عند آخر بعد ما سلمه الى المرتهن الاول وأخذه بغير اذن الاول وسلمه اليه لا يكون رهناً فيما بينهما . حتى لو قضى للاول دينه ، لا يكون للثاني حبسه ، بخلاف بيع الرهن ، لان البيع يتم بالعقد دون الرهن اه .

المادة ٧٤٤ - ﴿ اذا رهن الراهن الرهن باذن المرتهن عند غيره يصير الرهن الأول باطلاً والثاني صحيحا ﴾

حتى لو انفسخ الرهن الثاني لم يعد الرهن الأول الا بعقد جديد وقبض

وفي الدر : لو مات الراهن قبل رهنه ثانياً ، فالمرتهن اسوة للغرماء اهقال في رد المحتار : اي مساو لهم في المرهون لبطلان عقد الرهن بالرهن الثاني (معراج)

وليتأمل هذا التعليل ، مع قول الدر « قبل رهنه ثانياً » وقد صرح في رد المحتار معزياً للاتقاني عن ابي المعين انه لا عبرة للرهن الثاني بدون التسليم . وعليه اذا رهن ثانياً ولم يسلم لا يبطل الرهن الأول ، فلا يكون المرتهن اسوة للغرماء . وفي حاشية الشلبي على الزيلعي عن الاتقاني : لو مات الراهن قبل وصول العين المرهونة الى المرتهن ، كان المرتهن اسوة الغرماء لان هذه العقود ، يعني البيع والاجارة والرهن لازمة فبطل بها عقد الرهن ، فكان المرتهن وسائر الغرماء سواء اه تأمل ملياً .

والظاهر انه لو رهن الراهن بغير اذن المرتهن ثم اجازه المرتهن ، يكون الحكم كذلك . وقد صرح بهذا في الهندية فيما لو باع او آجر الراهن الرهن بغير اذن المرتهن ثم اجاز المرتهن . ولا شك ان الحكم واحد .

المادة ٧٤٥ — ❋ اذا رهن المرتهن الرهن بأذن الراهن عند آخر يبطل الرهن الاول و يصح الرهن الثاني و يكون من قبيل الرهن المستعار ❋

فتجري عليه احكامه المتقدمة في الفصل الثاني من الباب الثالث والفصل الاول من الباب الرابع .

المادة ٧٤٦ — ❋ لو باع المرتهن الرهن بدون رضى الراهن يكون الراهن مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء نفذه بالاجازة ❋

ثم ان فسخ البيع اعاده رهناً كما كان . وان نفذه بالاجازة ، يبطل الرهن في

المبيع ويتحول الرهن الى الثمن ، لأنه بدله ، كما لو باعه الراهن واجاز المرتهن البيع (صرح به في الهندية معزياً للكرخي)

ولو هلك الرهن في يد المشتري قبل الاجازة ، لم تجز الاجازة بعده ، وللراهن ان يضمن ايهما شاء (قهستاني) اي لأنه يشترط لصحة الاجازة قيام كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع ، كما تقدم في المادة (٣٧٨)

قال المرتهن للراهن : بع الرهن من فلان ، فباعه من غيره ، لم يجز . ولو قال المستأجر للموجر ذلك ، جاز بيعه من غيره (جامع الفصولين — كذا في رد المحتار)

اقول : وكأن الفرق، ما سيأتي من ان المرتهن ذو حظ من البيع لانه يتعلق حقه ببدله ليكون رهناً عنده ، فيصح تعيينه لتعلق فائدته به، بخلاف الاجارة اذ لا منفعة له ببدلها ، اذ لا تصير رهناً كما كان المأجور ، لأن حقه في مالية العين لا في المنفعة، فكان اذنه له بالاجارة اسقاطاً لحقه .

المادة ٧٤٧ — ✻ لو باع الراهن الرهن بدون رضى المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن . ولكن اذا اوفى الراهن الدين او اجاز المرتهن البيع يكون ذلك البيع نافذاً ويخرج الرهن من الرهنية و يبقى الدين على حاله و يكون ثمن المبيع رهناً في مقام المبيع . وان لم يجز المرتهن البيع فالمشتري يكون مخيراً ان شاء انتظر الى ان يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع ✻

حاصل هذه المسئلة ، كما في الدر وحواشيه والهداية والزيلعي ، ان بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة مرتهنه او قضاء دينه او ابرائه الراهن عن الدين ، لان

الرهن تعلق به حق المرتهن ، وفي البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته اوبسقوط الدين بالايفاء او الابراء ، ليزول المانع ، وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه .

ثم اذا نفذ البيع بأجازة المرتهن ، انتقل حقه الى الثمن ، فيكون محبوساً بالدين سواء قبض الثمن من المشتري او لا ، لقيامه مقام العين ، على ما هو الاصح وظاهر الرواية . والثمن وان كان ديناً لا يصح رهنه ابتداء ، لكنه يصح رهنه بقاء ، كالفرس المرهونة اذا استهلكت تكون قيمتها رهنا بقاء حتى لو نوى الثمن على المشتري يكون من المرتهن يسقط به دينه ، كما لو كان في يده . وان لم يجز المرتهن البيع يبقى البيع موقوفاً ، ولا ينفسخ بفسخ المرتهن ، لانه يملك الاجازة دون الفسخ في اصح الروايتين .

ووجهه ان امتناع النفاذ لحقه كيلا يتضرر ، والتوقف لا يضره ، اذ لا يفوت عليه الحبس . وحينئذ يخير المشتري : ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن ، اذ العجز عن التسليم على شرف الزوال ، وان شاء رفع الامر للقاضي ليفسخ البيع ، لان هذا الفسخ لقطع المنازعة ، وهو الى القاضي . ولا فرق في هذا بين ان يكون المشتري عالماً وقت البيع انه رهن او لا على المفتى به ، وهو ظاهر الرواية .

❋ تتمة ❋

ليس للمرتهن ان يؤجر الرهن . واذا آجر بغير اذن الراهن وسلمه الى المستأجر ، فإن هلك في يد المستأجر ، فالراهن بالخيار : ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وتكون رهناً مكانه ، وان شاء ضمن المستأجر . غير انه اذا ضمن المرتهن ، لا يرجع بما ضمن على المستأجر ، ولكنه يرجع عليه بأجر ما استوفى من المنفعة الى وقت الهلاك ، و يكون له ولا يطيب . واذا ضمن المستأجر ، رجع بما ضمن على المرتهن . ولو سلم واسترده المرتهن . عاد رهناً كما كان . و كذلك لو آجره الراهن بغير اذن المرتهن ، لا يجوز ، وللمرتهن ان يبطل الاجارة . ولو آجر واحد منهما باذن صاحبه او آجره احدهما بغير اذنه ثم اجاز صاحبه ، صحت الاجارة وبطل الرهن ، فتكون الأجرة للراهن وتكون ولاية قبضها الى العاقد . ولا يعود

رهنا اذا انقضت هذه الاجارة ، الا بالاستئناف . و كذلك لو استأجره المرتهن ، صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدّد القبض للاجارة .

ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة او بعد انقضائها ولم يحبسه عن الراهن ، هلك امانة ولا يذهب بهلاكه شيء . ولو حبسه عن الراهن بعد ما انقضت مدة الاجارة ، صار غاصباً (كذا في الهندية عن شرح الطحاوي)

وفي رد المحتار : قال في البزازية : وان استأجرها المرتهن فاسداً ووصل اليها ومضى زمان بمقدار ما يجب فيه شيء من الاجرة ، بطل الرهن اه .

وفيها : وان اخذ المرتهن الارض مزارعة ، بطل الرهن لو البذر منه . ولو من الراهن ، فلا اه — اي لما قدمناه في كتاب المزارعة ان الأصل ان رب البذر هو المستأجر . فان كان هو العامل ، كان مستأجراً للارض . وان كان هو رب الارض ، كان مستأجراً للعامل اه ما في رد المحتار .

وهذا اذا تعلق بالعين المرتهنة حق للغير بسبب عقد باشره الراهن . فلو تعلق بسبب اقراره بأن قال هو ، اي الرهن ، لفلان ، ففي تكملة الطوري عن المحيط انه لم يصدق في حق المرتهن ، لان اقراره يتضمن ابطال حق المرتهن وانه يحتمل النقض والابطال ، فلم يصح في حق المرتهن ، كالبيع والاجارة .

ثم المقر له ان شاء ادى المال وقبض الرهن ، لان عدم صحة الاقرار لحق المرتهن . فاذا زال حقه ، صح الاقرار ، كما في البيع . فكما ان للمشتري ان يقضي الدين ويأخذ المبيع ، فكذا هذا . ويرجع بما قضي على الراهن ، لانه قضى دينه وهو مضطر فيه لاحياء حقه ، فأنه لا يصل الى ملكه الا بقضاء الدين . وكان كالمعير للراهن يرجع به على المستعير ، فكذا هذا ، وان شاء ضمن الراهن قيمة الرهن ، لان الرهن زعم انه ملكه رهنه بماله وسلمه بغير امره وقد عجز عن رده اليه للحال لحق المرتهن ، فيضمن قيمته . وللمقر ان يستحلف المرتهن على علمه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ، فان انكر استحلف عليه (اه مختصرا وتمامه فيه)

ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل ان يجيز المرتهن ، فالثاني موقوف ايضاً على اجازته ، لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فأيهما اجاز لزم ذلك وبطل الآخر . ولو باعه الراهن ثم آجره او رهنه او وهبه من غيره فأجاز

المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة ، جاز البيع الأول دون هذه العقود .

والفرق ان المرتهن له منفعة في البيع لأن حقه يتحول الى الثمن لتعلقه بالمالية ، والبدل حكم المبدل ، فوجب انتقال حقه اليه . وقد يكون احد البيعين انفع له من الآخر ، فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به . اما هذه العقود ، فلا منفعة له فيها ، لأن حقه لا ينتقل الى الأجرة لأن الاجرة ليست ببدل حقه ، لان حقه في العين وهي بدل المنفعة ، فلا ينتقل حقه اليها ولا بدل في الرهن والهبة ، فكانت اجازته اسقاطاً لحقه ، فزال المانع فنفذ البيع — كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين على التعاقب فأجاز المستأجر البيع الثاني ، نفذ الاول لانه لا نفع له في البيع ، اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بينا ، فكانت اجازته اسقاطاً لحقه فنفذ الاول لزوال المانع (افاده الزيلعي)

المادة ٧٤٨ — ❊ لكل من الراهن والمرتهن اعارة الرهن بأذن صاحبه ولكل منهما ان يعيده الى الرهنية بعد ذلك ❊

لان لكل منهما فيه حقاً محترماً ، اذ هو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن . ولهذا لو مات الراهن قبل ان يسترده ، كان المرتهن احق به من سائر الغرماء ، لان يد العارية ليست بلازمة ، بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن ، او من اجنبي ، وكذا الرهن منه اذا باشر هذه العقود احدهما بأذن الآخر ، حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد وقبض جديدين .

نعم لو هلك الرهن في يد المستعير يسقط الضمان عن المرتهن ، لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالتسليم باذن الراهن للمستعير ، فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي (افاده الزيلعي) وهذا بخلاف الايداع ، فأنه لا يسقط الضمان عن المرتهن لان يد المودع كالعدل ، يد المرتهن ، فاذا هلك هلك في ضمان المرتهن . قال في الخانية : اذا اجاز الراهن للمرتهن ان يودعه انساناً او يعيره ، فان اودع فهو رهن على حاله : ان هلك في يد المودع ، سقط الدين . وان اعاره ، خرج من

ضمان الرهن وللمرتهن ان يعيده اه ·

فما في الدر تبعاً للعناية من ان حكم الوديعة كحكم العارية ، يجب تقييده بما عدا سقوط الضمان عن المرتهن (افاده في رد المحتار)

وهذا كله في اعارة الرهن من الاجنبي · واما اعارته من الراهن ، فقدذكره في المادة الآتية ، فقال :

المادة ٧٤٩ — ﴿ للمرتهن ان يعير الرهن للراهن و بهذه الصورة لو توفي الراهن فالمرتهن يكون احق بالرهن من سائر غرماء الراهن ﴾

فلا يشاركون المرتهن فيه ، لبقاء عقد الرهن كما تقدم آنفاً · ولهذا يملك المرتهن استرداده منه الى يده · نعم يسقط الضمان عن المرتهن ، لما قدمنا من ان الضمان كان باعتبار قبضه ، وقد انتقض بالرد الى صاحبه ، ولانه تلف في يد مالكه فلا يجب ضمانه على غيره ، فاذا عاد القبض ، عاد الضمان · ولو هلك في يد الراهن هلك مجاناً بلا سقوط شيء من الدين ، حتى لو كان الراهن اعطى المرتهن كفيلا بتسليم الرهن المعار ، لم يلزم الكفيل شيء لخروجه من حكم الرهن ، وهو الضمان وان كان العقد باقياً · نعم لو كان الراهن اخذه بغير رضاء المرتهن ، جاز الزام الكفيل بتسليمه ·

وكما لاضمان على المرتهن اذا هلك الرهن في يد الراهن ، كذلك لاضمان على صاحبه الراهن لتكون القيمة رهناً عند المرتهن ، لان الاسترداد كان بأذن المرتهن اه ملخصاً من الدر وحواشيه والزيلعي وحاشيته للشلبي ·

المادة ٧٥٠ — ﴿ ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون اذن الراهن ﴾

لا باستخدام ولا سكنى ولا بلبس ولا بأخذ ثمرة ولا لبن ولا باجارة ولا باعارة . والاخيران تقدم حكمها . ولو فعل فهلك الرهن في تلك الحالة ، ضمنه ضمان الغصب . ولو عاد الى الوفاق ، عاد رهناً (رد المحتار) ولو سلم بعد الانتفاع ، فان كان ما انتفع به متولداً من الرهن كأن اكل لبنه او ولده اوثمره او بدلاً عن جزء من اجزاء عين الرهن ، كأن اخذ ارشه او عقره ضمن المرتهن قيمته بالغةً ما بلغت ، وكانت القيمة رهناً مع الاصل . وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن ، والا يكن كذلك ، بل كان منفعة مجردة كأن استخدمه او لبسه او سكنه ، او بدلا عن ماهو منفعة كأن اخذ كسبه او اجرته ، فلا يضمن شيئاً ، لان الرهن في تلك الحالة في يده مغصوب ، ومنافع الغصب غير مضمونة — الا اذا كانت متولدة او بدلا عن جزء من اجزاء المغصوب ، كما صرحوا بذلك في كتاب الغصب ، وعن هذا افتى في الخيرية فيما لو سكن المرتهن دار الرهن انه لا تلزمه اجرة مطلقاً ، اذن الراهن اولا ، معدة للاستغلال اولا — حتي لو اجرها المرتهن كانت الاجرة له ، لأنه العاقد ، لكنها لا تطيب له وسبيلها التصدق ، كما صرح به في الهندية وغيرها ولا يقال ان الغاصب تلزمه اجرة المغصوب اذا كان معداً للاستغلال كما اذا كان وقفاً او مال يتيم ، لأنا نقول انما تلزمه الأجرة في المعد للاستغلال اذا لم يكن الغصب بتأو بل عقد كعقد الرهن في مسئلتنا ، فإن كان كذلك لا تلزمه الأجرة اتفاقاً ، كما صرحوا به في كتاب الغصب

﴿ ولكن للمرتهن استعمال الرهن واخذ ثمره ولبنه اذا اذنه الراهن وأباح له ذلك ولا يسقط من الدين شيء في مقابلة هؤلاء ﴾

يعني لو فعل المرتهن ما ذكر بإذن الراهن فلا ضمان عليه اصلاً لا ضمان الغصب ولا ضمان الرهن ، فلا يسقط شيء من الدين . قال في الجواهر ، رجل رهن داراً واباح السكنى للمرتهن فوقع بسكناه خلل وخرب البعض : لا يسقط شيء من الدين ، لأنه لما اباح له السكنى اخذ حكم العارية . حتى لو اراد منعه كان له ذلك .

وفي المضمرات : ولو رهن شاة فقال له الراهن كل ولدها واشرب لبنها ، فلا

ضمان عليه . وكذا لو اذن له في ثمرة البستان . فصار اكله كأكل الراهن ، لأن الاتلاف كان باذن الراهن . ثم ان حكم النماء اذا اكل بالاذن كحكمه اذا بقي بعد هلاك الأصل . فلو هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يفتكه الراهن ، قسم الدين على قيمة النماء الذي اكله المرتهن وعلى قيمة الأصل ، فما اصاب الاصل سقط ، وما اصاب الزيادة اخذه المرتهن من الراهن ، لأن الاتلاف باذن الراهن كاتلاف الراهن بنفسه . فلو كان الدين عشرة وقيمة الأصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء خمسة فثلثا العشرة حصة الأصل ، فيسقط ، وثلث العشرة حصة النماء ، فيأخذه المرتهن من الراهن (افاده في الدر المختار)

وعبارة القهستاني ، كما في رد المحتار : وان هلك الأصل وبقي النماء ولو حكماً كما اذا اكل الراهن او المرتهن او اجنبي من النماء بالأذن ، فانه لم يسقط حصة ما اكل منه ، فيرجع به على الراهن . وكما اذا هلك الأصل بعد الأكل ، فانه يقسم الدين على قيمتها ويرجع على الراهن بقيمة ما اكل اه وتمامه فيما كتبناه في شرح المادة (٧١٥) نقلا عن الهندية .

ثم لو اذن الراهن للمرتهن بأكل الثمرة او اللبن مثلاً ، هل يتناوله بيعها واكل ثمنها؟ — ذكر في رد المحتار ان صاحب التنوير افتى انه يتناوله ، حيث سئل عمن رهن نخلاً واباح للمرتهن ثمارها هل يملك ان يبيعها ويتمولها ام يملك الأكل بنفسه فقط؟ فاجاب : ظاهر كلامهم ان له التصرف مطلقاً ، اذ الظاهر ان المراد من قولهم فأكلها ، اكلها او اكل ثمنها ، الا ان يوجد نقل صريح بتخصيص الاكل دون غيره اه من حاشية الحموي ملخصاً مواورد عليه ان المعنى الحقيقي هو الظاهر ، ومدعى الاعمية يحتاج الى الدليل .

قلت : وسيذكر الشارح عن الجواهر : لو اباح له نفعه ليس له ان يؤجره ، تأمل .

وقال السايحاني : اقول انا كل الزوائد ، المأكولة انما هو اكل نفسها لا اكل بدلها ، وهذا امر مكشوف لكل احد بالبديهة اه نعم يظهر ذلك اذا كانت مما لا يؤكل ، كما ذكره الرحمتي اه ما في رد المحتار .

واقول : ما ذكره السايحاني والرحمتي مسلّم فيما لو كان الاذن بلفظ الاكل

بأن قال اذنتك ان تأكلها او ابحت لك ان تأكلها ، فان المعنى الحقيقي للأكل هو اكل نفس الثمر لا ثمنه ، فلا يصار الى المجاز حيث امكنت الحقيقة . فان تعذرت بأن كان المأذون بأكله، مما لا يؤكل ، يتعين ارادة المجاز ، وهو اكل الثمن . وانت خبير بأن ما سئل عنه صاحب التنوير ليس فيه مادة الأكل ، وانما هو بلفظ الاباحة ، اي اباحة الثمر ، وهي تصدق حقيقة على الأكل الحقيقي وعلى اكل الثمن ، الا ان يوجد نقل صريح يخصص الاباحة بالأكل الحقيقي .

واما ما نقله في الدر عن الجواهر ، فغير وارد ايضاً على ما افتى به صاحب التنوير ، لأن الراهن قد اباح للمرتهن المنفعة لا بدلها ، وهو يريد الانتفاع ببدلها وهو الاجرة ، وهو غير مباح له من الراهن . والحاصل انه اذا كان الاذن بلفظ الأكل فلا يتناول اكل الثمن ، لأنه معنى مجازي للأكل ، فلا يصار اليه الا اذا تعذرت الحقيقة ، كما اذا كان المأذون بأكله مما كان لا يؤكل . ومثله فيما يظهر اذا كان مما يؤكل لكن يتعذر على المأذون له اكله لكثرته ، كما اذا كان النخيل او الغنم المرهون كثيراً وقد اذن له بأكل ثمرها او لبنها ، فحينئذ يراد من اللفظ معناه المجازي ، وهو اكل الثمن ، لتعذر الحقيقة . واما لو كان الاذن بلفظ الاباحة فقط ، اي اباحة الثمر او اللبن ، فلا شك انه يتناول اكل الثمن ، كما افتى به صاحب التنوير ، لأن اباحة ذلك تصدق على اكله نفسه وعلى اكل ثمنه ، الا ان يوجد نقل يخصص الأباحة بالأكل الحقيقي . ولو تخصصت الأباحة بالمنفعة ، اختصت بها ، فلا تتناول بدلها وهي الأجرة ، كما تقدم نقله عن الجواهر . هذا ما ظهر لي ، فتدبره .

﴿ تنبيه ﴾

نقل في الدر عن التهذيب انه يكره للمرتهن ان ينتفع بالرهن وان اذن له الراهن . قال في المنح : لانه اذن له في الربا ، لانه يستوفي دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا ، فيكون ربا ، وهذا امر عظيم اه .

وجزم في رد المحتار بما في جواهر الفتاوي من انه ان كان مشروطاً ، صار قرضاً فيه منفعة ، وهو ربا . والا يكن مشروطاً ، فلا بأس به كما ذكروا نظيره

فيما لو اهدى المستقرض للمقرض ، ان كان بشرط كره ، والا فلا .

ومتى كان مشروطاً ضمنه المرتهن ، لانه يكون ربا ، كما افتى به في الخيرية فيمن رهن شجر ز يتون على ان يأكل المرتهن ثمرته نظير صبره بالدين . قال (ط) قلت : والغالب من احوال الناس انهم انما يريدون عند الدفع الانتفاع ، ولو لاه لما اعطاه الدراهم ، وهذا بمنزلة المشروط لان المعروف كالمشروط ، وهو مما يعيّن المنع . والله تعالى اعلم اه .

❋ تتمة ❋

رهن كرماً واباح ثمره ثم باع الكرم وقبض المرتهن الثمن ، ان ثمره حصل بعد البيع ، فللمشتري . وان قبله ، فللراهن ان قضى دين المرتهن ، والا يكون رهناً ويجعل البيع رجوعاً عن الاباحة ، فانها تقبل الرجوع كما مر (كذا في الدر عن جواهر الفتاوي)

وقوله « والا يكون رهناً » اي مع ثمن المبيع الذي قبضه .

والمراد من قبضه الثمن اجازة المرتهن البيع ليصير الثمن الرهن ، والا فالقبض غير شرط ، فانه يصير رهناً بالاجازة وان لم يقبض ، كما قدمناه .

وفيها : زرع المرتهن ارض الرهن ، ان ابيح له الانتفاع لا يجب شيء وان لم يبح له الانتفاع لزمه نقصان الارض وضمان الماء ، لو من قناة مملوكة ، فليحفظ اه .

قال في رد المحتار : وهذا خلاف المفتى به من انه لا يضمن الا ما ملكه بالاحراز ، وماء القناة غير محرز اه .

المادة ٧٥١ = ❋ اذا اراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان يأخذ الرهن معه ان كان الطريق آمناً ❋

سواء بين البلدين مدة سفر اولا ، وسواء كان الذهاب لاجل السكنى في بلد آخر او لا ، وسواء كان له حمل ومؤنة او لا .

وهذا اذا لم يقيد الراهن امساكه في مصر معين . اما اذا قيده ، فلا يملك

ذلك ، وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال ليس للمرتهن ان يسافر بالرهن، والعدل في ذلك كالمرتهن (افاده في الدر وحواشيه)

-- الفصل الثالث --

﴿ في بيان احكام الرهن الذي هو في يد العدل ﴾

المراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده . سمّي به لعدالته في زعم الراهن والمرتهن (كذا في الدر وحواشيه)

واعلم ان المكفول عنه لا يصلح عدلاً في رهن الكفيل . وكذا الكفيل لا يصلح عدلاً في رهن المكفول عنه . واحد شريكي المفاوضة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة . وكذا احد شريكي العنان في التجارة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة . فإن كان من غير التجارة ، فهو جائز في الشريكين جميعاً ، لان كل واحد منهما اجنبيٌ عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه . ورب المال لا يصلح عدلاً في رهن المضارب ،ولا المضارب في رهن رب المال . والاب لا يصلح عدلا في رهنه بثمن ما اشترى للصغير . فأن اشترى الاب للصغير شيئاً ورهن بثمن ما اشتري له على ان يضعه على يد نفسه، فالشراء جائز والرهن باطل .

وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن ؟ فإن كان المرتهن لم يقبض من يده بعد ، لم يصلح . حتى لو شرط في عقد الرهن ان يكون الرهن في يده، فسد العقد . وان كان قبضه المرتهن، ثم وضع على يده ، جاز بيعه . واذا كان العدل صغيراً لا يعقل فجعل الرهن على يده ، لم يجز ولم يكن رهناً . ولو كبر وعقل وباع الرهن، جاز البيع بتسليط الراهن اياه على البيع . وهذا قولهما . وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يجوز بيعه بعد البلوغ . واذا كان العدل ذمياً او حربياً مستأمنا والراهن والمرتهن مسلمين او ذميين ، فهو جائز ، لان المستأمن في المعاملات بمنزلة الذمّي والمسلم ، وهو من اهل يد معتبرة شرعاً ، وهو من اهل ان ينفذ بيعه بتسليط المالك كما ينفذ

بيعه بأعتبار ملكه . فأن لحق الحربي بالدار ، لم يكن له ان يبيع وهو في الدار . فأن رجع ، فهو على وكالته بالبيع . وان كان الحربي الراجع الى دار الحرب هو الراهن والمرتهن والعدل ذمي او حربي مقيم في دار الاسلام بأمان ، فله ان يبيعه (هندية)

=

المادة ٧٥٢ = ❋ يد العدل كيد المرتهن . يعني لو اشترط الراهن والمرتهن ايداع الرهن عند امين ورضي الامين وقبض الرهن تم الرهن ولزم وقام ذلك الامين مقام المرتهن ❋

قال محمد رحمه الله تعالى : واذا ارتهن الرجل من آخر رهناً وسلمه على ان يضعاه على يدي عدل ورضي به العدل وقبضه ، تم الرهن . حتى لو هلك الرهن في يدي العدل ، يسقط دين المرتهن ، كما لو هلك في يدي المرتهن ، و يصير العدل نائباً عن المرتهن في حق هذا الحكم ، ونائباً عن الراهن في حق حكم الضمان . حتى لو استحق الرهن يعني بعد هلاكه وضمن المستحق العدل قيمته ، يرجع على الراهن ولا يرجع على المرتهن (هندية عن المحيط)

وهلاك الرهن في يد امرأة العدل او ولده او خادمه او اجيره ، كهلاكه في يد العدل ، كما في رد المحتار عن القهستاني .

وفي رد المحتار ، معزياً للخانية : لو سلط العدل على بيعه ، اذا حل الاجل فلم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين ، فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية اه .

المادة ٧٥٣ = ❋ لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل يجوز ❋

لأنه لما جاز للعدل ان يقوم مقام المرتهن في الابتداء فكذلك في البقاء .

هندية عن المحيط . لكن لو لم يشترط وضعه عند العدل وقت الرهن، جاز للمرتهن اخذه كما اشير اليه في الاختيار (رد المحتار عن القهستاني)

المادة ٧٥٤ – ﴿ ليس للعدل ان يعطي الرهن للراهن او للمرتهن بدون رضى الآخر ما دام الدين باقياً . وان اعطاه كان له استرداده واذا تلف قبل الاسترداد فالعدل يضمن قيمته ﴾

عبارة الهداية : وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه ، اي من العدل ، لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته ، وتعلق حق المرتهن به استيفاءً ، فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر . فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده في حق المالية يد المرتهن ، وهي المضمونة . ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ، ضمن لأنه مودع الراهن في حق العين ، ومودع المرتهن في حق المالية ، واحدهما اجنبي عن الآخر ، والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي اه واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه اما باتلافه او بدفعه الى احدهما ، فأتلفه او تلف في يده اي في يد احدهما ، لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهناً في يده ، لا ن القيمة واجبة . فلو جعلها رهناً في يده يصير قاضياً ومقتضياً، وبينهما تناف ، وهو كون الواحد مسلماً ومتسلما . ولكن يأخذ انها منه ويجعلانها عنده او عند غيره ، وان تعذر اجتماعها ، يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك ، فاذا جعلت القيمة رهناً برأيهما او برأي القاضي عند العدل الاول او عند غيره ثم قضى الراهن الدين ، فأن كان العدل ضمن القيمة بسبب الدفع الى الراهن ، فالقيمة سالمة للعدل يأخذها ممن هي عنده ان كانت عند غيره او عنده لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ، ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه ، ولا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ، ولو اخذه الراهن لأجتمعا في ملك واحد ، وان كان العدل ضمن الرهن بسبب الدفع الى المرتهن ، فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده ، او من غيره ان كانت عند غيره، لأن العين لو كانت قائمة اخذها

ممن هي في يده اذا ادى الدين، فكذلك يأخذ ما قام مقامها . ولا جمع فيه بين البدل والمبدل في ملك واحد ، لا ن العين زالت عن ملك الراهن الى العدل .

ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك ؟ - ينظر : ان كان دفعه اليه على وجه العارية او على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن ، لا يرجع . وان استهلكه المرتهن ، يرجع عليه ، لا ن العدل باداء الضمان ملك العين المرهونة . وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدي . وكذا اذا دفعه اليه بحقه بأن قال له خذه بحقك او احبسه بدينك ، لا نه دفع اليه على وجه الضمان اه (زيلعي مع قليل زيادة من حاشيته للشلبي)

✻ فرع ✻

وان كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند احدهما ، كان جائزاً ولا ضمان فيه لأ نهما اتيا بالحفظ المطلوب منهما ، لأن حفظهما لا يتأتى في مثل هذا الا بالتهايؤ زماناً ، لا نه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظه اناء الليل والنهار ، فكان هذا هو الحفظ الممكن منهما ، وقد اتيا به . وان كان مما يقسم فاقتسماه ، كان عند كل واحد منهما نصفه ، لا نه لما اضاف الحفظ اليهما اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما ، فكأنه قال احفظا كل واحد منكما طائفة من العين . فان وضعاه عند احدهما ، ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول ابي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد ، لا ضمان عليه . وقد ذكر في كتاب الوديعة انهما هل يملكان التهايؤ في الحفظ فيما يحتمل القسمة ؟ فعند ابي حنيفة لا يملكان ، وعندهما يملكان . ولكن يضمن كل واحد بما دفع لا بما اخذ لأن كل واحد منهما مودع المودع فيما اخذ ، ومودع المودع لا يضمن عند ابي حنيفة اه (شلبي)

المادة ٧٥٥ - ✻ اذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين . وان لم يحصل بينهما الاتفاق فالحاكم يضعه في يد عدل ✻

اي وتبطل الوكالة بموته ، والرهن باق ، لأن الرهن لو كان بيد المرتهن فمات لم يبطل العقد به ، فلأن لا يبطل بموت العدل اولى (رد المحتار)

وفي الهندية : ولو اجتمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل آخر وقد مات الأول ، او على يد المرتهن ، جاز ، لأن الحق لهما . فان اختلفا وضعه القاضي على يد عدل ، وان شاء على يدي المرتهن . واذا علم القاضي ان المرتهن مثل العدل في العدالة ، يضعه على يديه وان كره الراهن . فاما اذا اراد ان يضعه في يدي الراهن ، ذكر في بعض الروايات : ليس له ذلك . وذكر في بعضها : له ذلك (كذا في محيط السرخسي)

ولو مات العدل فوضع على يدي عدل آخر عن تراض او اختلفا في ذلك فوضعه القاضي على يدي عدل ، فليس للعدل الثاني ان يبيع الرهن ، وان كان الأول مسلطاً على البيع (هكذا في الظهيرية اه) قال في رد المحتار : الا ان يموت الراهن ، لأن القاضي يتولى قضاء ديونه اه .

= الفصل الرابع =
في بيع الرهن

المادة ٧٥٦ — ❊ ليس لكل من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضى صاحبه ❊

اي بعد موت العدل ، كما في رد المحتار عن خط بعض العلماء . وهذا ليس للاحتراز ، ولكنه مقتضى السياق . وقد تقدم حكم بيع احدهما بدون اذن الآخر في المادتين (٧٤٦) و (٧٤٧) فليراجع .

المادة ٧٥٧ — ❊ اذا حل اجل الدين وامتنع الراهن عن

اداثه ، فالحاكم يأمره ببيع الرهن واداء الدين فإن ابي وعاند باعه الحاكم وادّى الدين ✻

والعهدة على الراهن لا على القاضي (رد المحتار) وهذا قولهما ، لأنهما يريان الحجر على المديون . ومذهب الامام تأبيد حبسه الى ان يبيع الراهن بنفسه ، لأنه لا يرى الحجر على الحر المديون . وصرح قاضي خان وغيره بأن الفتوى على قولهما .

ولا يقال انه اذا كان المرهون داراً والراهن مفلساً لاتباع داره لضرورة السكنى التي لا محيد عنها ولا غنية ، لأن ذلك انما هو في غير الرهن . اما الرهن فماليته ، احق بها المرتهن ، لأن تعلق حق المرتهن يجعل المالك كالاجنبي ، فلا تقاس مسئلته على مسئلة المفلس الذي ليس في يد دائنه رهن بدينه (افاده في الخيرية فتأمل .

وهذا اذا كان الراهن حياً حاضراً . فلو مات ، وورثته كبار حاضرون ، يكون حكمهم كحكم الراهن اذا كان حياً لأنهم قائمون مقامه . واما اذا كانوا صغاراً او كباراً غائبين ، فقد تقدم بيان حكمهم في المادة (٧٣٤) وشرحها . واما اذا كان الراهن غائباً ، فقد ذكره بقوله .

المادة ٧٥٨ — ✻ اذا كان الراهن غائباً ولم تعلم حياته ولا مماته فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن ويستوفي الدين ✻

لما في البزازية ، عن المنية : للمرتهن بيع الرهن باجازة الحاكم واخذ دينه ، اذا كان الراهن غائباً لا يعرف موته ولا حياته اه .

لكن جزم في الاشباه بعدم الجواز . ويمكن حمله على ما اذا لم تكن الغيبة منقطعة وان كان اطلق الغيبة ، تأمل (افاده في رد المحتار)

وفي الفصل الخامس من جامع الفصولين : شراه فغاب قبل قبضه غيبة منقطعة ولا يُدرى ابن هو ، جاز للقاضي بيع المبيع وايفاء الثمن لو كان المبيع منقولا ، لا لو عقاراً . فعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر للقاضي حق ببيع الرهن بدينه ، ينبغي ان يجوز اهـ ومقتضاه تقييد البيع بما اذا كان المبيع منقولاً . لكن علمت ان ما في البزازية الذي هو نص في المسئلة، مطلقٌ والتقييد الذي جاء في عبارة الفصولين انما هو في صورة غيبة المشتري ، لا الراهن ، فلا داعي لحمل ذلك المطلق على هذا المقيد . تأمل .

المادة ٧٥٩ = ﴿ اذا اخيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه وابقاء ثمنه رهناً في يده باذن الحاكم وان باعه بدون اذن الحاكم يكون ضامناً كذلك لو ادرك ثمر البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه فليس للمرتهن بيعه الا باذن الحاكم وان باعه بدون اذن الحاكم يضمن ﴾

اي ضمان الغصب في الصورتين ، لتعديه ، لأن ولاية البيع نظراً للمالك ، لا تثبت الا للحاكم . واما المرتهن ، فله ولاية الحبس لا البيع . قال البيري : يؤخذ من هذا جواز بيع الدار المرهونة اذا تداعت للخراب . وكانت واقعة الفتوى اهـ اي يجوز ذلك للقاضي او لمأذونه ، كما هو ظاهر . وذكر في الدر انه لو كان في موضع لا يمكنه الرفع للقاضي او كان بحال يفسد قبل ان يرفع ، جاز له ان يبيعه اهـ لأنه في مثل هذه الحالة يصير مأذوناً من جهة المالك بالبيع دلالةً . وهذا بخلاف جذ الثمار لحفظها ، فان للمرتهن ذلك بدون اذن القاضي . ففي تنقيح الحامدية عن الذخيرة : وان جذّ المرتهن الثمار وقطف العنب بغير امر القاضي ، فلا ضمان عليه استحساناً ، لأن هذا من باب الحفظ ، وحفظ المرهون حق المرتهن . قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى : هذا اذا جذ كما يجذ عنده ، ولم يحدث نقصان فان تمكن فيه نقصان من عمله ، فهو ضامن يسقط حصته من الدين والرهن لو كان

شاة فذبحها وهو يخاف الهلاك ، ضمن قياساً واستحساناً .

والحاصل ان كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع والأجارة ، فذلك غير مملوك للمرتهن ، ولو فعل يضمن ، وان كان فيه تحصين وحفظ عن الفساد ، الا اذا كان بأمر القاضي . وكل تصرف لا يزيل العين عن ملك الراهن كان للمرتهن ذلك وان كان بغير امر القاضي ، اذا كان فيه حفظ او تحصين عن الفساد فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل اه .

المادة ٧٦٠ — ❋ يصح توكيل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الأجل ❋

لأن الراهن مالك فله ان يوكل من شاء ممن يكون اهلاً لها ببيع ما له معلقاً ومنجزاً ، لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات . ولو امر ببيعه صغيراً لا يعقل فباعه بعد ما بلغ ، لا يصح عند ابي حنيفة . وقالا يصح ، لقدرته عليه وقت الامتثال . وهو يقول ان امره وقع باطلاً لعدم القدرة وقت الأمر ، فلا ينقلب جايزا (زيلعي)

❋ وليس للراهن عزل ذلك الوكيل من الوكالة ولا ينعزل بوفاة احد من المرتهن والراهن ايضاً ❋

يعني انه لا ينعزل ذلك الوكيل ، لا بالعزل الحقيقي لان الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفاً من اوصافه وحقاً من حقوقه ، الا ترى انها لزيادة الوثيقة فتلزم بلزوم اصله ، ولانه تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل ابطال حقه ، حتى لو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه ، لانه لازم بأصله ، فكذا بوصفه — ولا بالعزل الحكمي بموته ، لان الرهن لا يبطل بموته . ولو بطل فانما كان يبطل لحق الورثة ، وحق المرتهن مقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن .

وانما لم ينعزل بعزل المرتهن ، لانه لم يوكله ، فكان اجنبياً عنه بالنسبة الى الوكالة (افاده الزيلعي)

وهذا اذا كان التوكيل مشروطاً في عقد الرهن متفقاً عليه . فلو لم يكن كذلك ، لكن شرطاه بعده ، فقيل ان للراهن ان يفسخ هذه الوكاله ويمنعه عن البيع . ولو مات الراهن ، تبطل الوكالة ، وليس للمرتهن ان يطالب الوكيل بالبيع في هذا الوجه ، فهي كالوكالة المفردة .

وعن ابي يوسف ان الوكالة لا تبطل كالمشروطة في العقد ، وهو الصحيح ، كما في الخانية (افاده في رد المحتار) قال : ولم ارمن صحح الرواية الاولى . وسيأتي لهذا زيادة بيان في شرح المادة الآتية وقد اخذت بهذه الرواية المصححة جمعية المجلة في المادة (١٥٢١)

﴾ تنبيه ﴿

تبطل الوكالة بموت الوكيل مطلقاً ، سواء كان مرتهناً او عدلاً او غيرهما . ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ، لان الوكالة لا يجري فيها الارث ، ولان الموكل رضي برأيه لا رأي غيره .

ولو اوصى الى آخر ببيعه ، لم يصح ، الا اذا كان مشروطاً له ذلك في الوكالة بأن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيعه واجزت لك ما صنعت به من شيء ، فحينئذ لوصيه بيعه ، ولا يجوز لوصيه ان يوصي به الى ثالث (كذا في الدر وحواشيه)

ثم اذا بطلت الوكالة بموت الوكيل ، يبقى الرهن على حاله كما قدمناه في شرح المادة (٧٥٥)

المادة ٧٦١ — ﴾ الوكيل يبيع الرهن اذا حل وقت اداء الدين ويسلم ثمنه الى المرتهن ﴿

ليستوفي دينه منه . وهذا سواء كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن او بعده (بزازية) وما لم يقبضه المرتهن يصير الثمن رهناً في يد العدل سواء قبضه العدل من

المشتري ام لا ، لقيامه مقام ما كان مقبوضاً (هداية) ولو هلك في يد العدل ، سقط الدين ، كما اذا هلك عند المرتهن . وكذا اذا هلك الثمن بالتوي على المشتري ، فالتوى على المرتهن ويسقط الدين . ولا يعتبر فيه قيمة الرهن ، وانما يعتبر الثمن (بزازية)

ولا يقال كيف يكون مضموناً ولم يقبضه ، لانه ثبت في ذمة المشتري بحق المرتهن ، فكأنه في يد المرتهن او في يد البائع (اتقاني)

واذا اقر العدل انه قبض الثمن وسلمه الى المرتهن وانكر المرتهن ، فالقول للعدل ، لأنه امين . وبطل دين المرتهن (ولوالجية وجوهرة ، كذا في رد المحتار)

وتقييد هذه المادة البيع بما اذا حل وقت الدين ، يوهم انه لا يجوز البيع قبل حلول الأجل

وفي الخانية : لو سلط العدل على البيع مطلقاً ، ولم يقل عند حلول الدين ، فله ان يبيع قبل ذلك (كذا في مجمع الانهر) وان باع العدل الرهن من ولده او زوجته ، لم يجز ، الا ان يجيزه الراهن والمرتهن في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وفي قولهما ، بما يتغابن الناس فيه ، جايز . وان اجاز ذلك احدهما دون الآخر ، لم يجز (هندية)

وفيها : ولو وكل العدل وكيلاً فباعه بحضرة العدل ، جاز . وان كان غائباً ، لم يجز ، الا ان يجيزه . ولو ذكر العدل ثمناً فباعه به جاز اه .

وفيها : ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة ، فان نهاه عند الرهن ، ليس له ان يبيع بالنسيئة . ولو نهاه متأخراً عن العقد ، لم يصح نهيه . كذا في البدايع اه .

وفيها : واذا باع العدل بالنسيئة ، ذكر في الأصل انه يجوز من غير تفصيل ومن غير ذكر خلاف . قالوا : هذا اذا باع بنسيئة معهودة بين الناس ، اما اذا باع بنسيئة غير معهودة بأن باع مثلاً الى عشر سنين وما اشبه ذلك ، ينبغي ان لا يجوز عندهما ، وقال القاضي الامام ابو علي النسفي : اذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بأن قال : ان المرتهن يطالبني ويؤذيني فبعه حتى انجو منه فباعه بالنسيئة ، لا يجوز ، بمنزلة ما لو قال بع عبدي فأني محتاج الى النفقة ، ولو كان الرهن في يد المرتهن ولم يكن ثمة عدل وسلط الراهن المرتهن على بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فباع نسيئة ، جاز بيعه كيفما كان (كذا في المحيط)

وفيها : واذا كان العدل مسلطاً على البيع اذا حل اجل كذا ، فقال المرتهن كان الاجل الى شهر رمضان وقد دخل رمضان ، وقال الراهن كان الاجل الى شوال ، فالقول قول الراهن في وقت التسليط على البيع ، والقول قول المرتهن في وقت حلول الدين ، لان التأجيل يستفاد من جهة المرتهن فيكون القول قوله بمقداره ، والتسليط يستفاد من جهة الراهن فيكون القول قوله في وقته . واذا اتفقا على الاجل انه شهر واختلفا في مضيه ، فالقول قول الراهن (كذا في المحيط)

﴿ وان ابى الوكيل يجبر الراهن على بيعه . واذا ابى وعاند الراهن ايضاً باعه الحاكم . واذا كان الراهن او ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فان عاند باعه الحاكم ﴾

تقييد جبر الوكيل على البيع بما اذا كان الراهن او ورثته بعد موته غائبين ، فيه رمز الى انه لو كان الراهن او ورثته بعد موته حاضرين ، لا يجبر الوكيل ، بل يجبر نفس الراهن او ورثته ، كما في رد المحتار معزياً للقهستاني ، ومثله في مجمع الانهر .

لكن في تكملة البحر للطوري ، عند قول صاحب الكنز « فان حل الاجل وغاب الراهن اجبر الوكيل على بيعه » ما نصه : وقوله « وغاب الراهن » يظهر انه قيد في جبر العدل على البيع ، وليس كذلك . قال في المحيط : ولو ابى العدل البيع وقد سلط عليه ، يجبره القاضي على بيعه ، لان الوكالة صارت حق المرتهن حتى لو اراد العدل رد الرهن للراهن حتى يبطل الايفاء ، منع من ذلك اه .

اقول : وفي هذا نظر ، فان ما نقله عن المحيط ليس فيه تصريح بالجبر على البيع وان كان الراهن حاضراً . نعم اطلق ولم يقيد بما قيده عامة المتون ، وقد صرحوا بأن مفاهيم الكتب حجة ، فتأمل

وذكر الزيلعي في التبيين : وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياماً ليبيع . فان لج ، اي اصر معانداً بعد الحبس اياماً ، فالقاضي يبيعه عليه . وهذا على اصلهما من جواز الحجر على المديون ، ظاهر : واما على اصل ابي حنيفة ، فكذلك عند البعض ، لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا ، ولان بيع الرهن صار مستحقاً

للمرتهن ، بخلاف سائر المواضع

ثم اذا اجبره على البيع وباع ، لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان هذا الاجبار وقع على قضاء الدين بأي طريق شاء ، حتى لو قضاه بغيره ، صح وانما البيع طريق من طرقه ، ولانه اجبار بحق ، وبمثله لا يكون مكرهاً فلا يفسد اختياره به ·

وهذا اذا كان التوكيل مشروطاً في عقد الرهن · فلو شرطاه بعده ، قيل لا يجبر ، لان التوكيل لم يصر وصفاً من اوصاف الرهن ، فكانت الوكالة مفردةً كسائر الوكالات · وقيل يجبر كي لا يتوي حقه ، وهذا اصح · حتى روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان الجواب في الفصلين واحد في انه يجبر على البيع نصاً

وذكرُ محمد في الجامع الصغير: « والاصل الاجبار مطلقاً من غير تفصيل بين ان تكون الوكالة مشروطة في عقد الرهن او لم تكن مشروطة فيه » يدل على ذلك اه

تتمة

الرهن اذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل ، فله الخيار : ان شاء ضمن الراهن ، وان شاء ضمن المرتهن ، لان كل واحد منهما متعدٍ في حقه ، الراهن بالاخذ والتسليم ، والمرتهن بالقبض والتسلم · فان ضمن الراهن ، صار المرتهن مستوفياً لدينه بهلاك الرهن عنده ، لان الراهن ملكه باداء الضمان مستنداً الى ما قبل التسليم ، فتبين انه رهن ملك نفسه ، فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة ، وبدينه اما بالقيمة ، فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين ، فلانه انتقض اقتضاؤه ، فيعود حقه كما كان اه (هداية)

. هذا اذا استحق الرهن في يد المرتهن قبل بيع العدل اما لو استحق بعد بيعه ، ففي الكنز وغيره ، والعبارة له : لو باع العدل واوفي مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن ، فالعدل يضمن الراهن قيمته او المرتهن ثمنه اه قال شارحه الزيلعي : وكشف هذا ، ان المرهون المبيع اذا استحق ، اما ان يكون هالكاً ، او قائماً · ففي الوجه الأول ، المستحق بالخيار : ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه بالاخذ والتسليم ، وان شاء ضمن العدل لانه متعد مثله بالبيع والتسليم ، فصار غاصباً لذلك فان ضمن الراهن ، نفذ البيع وصح الاقتضاء ، اي استيفاء المرتهن

الثمن بدينه ، لان الراهن يملكه باداء الضمان مستنداً الى وقت الغصب ، فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن المستحق العدل ، وهو البائع ، نفذ البيع ايضاً ، لان العدل يملكه باداء الضمان ثم هو بالخيار : ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته ، ونفذ البيع ، لأن الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ، ملكه باداء الضمان ، فتبين انه امره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه – وان شاء العدل ، رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين أن الثمن اخذه بغير حق ، لأن العدل ملك الرهن باداء الضمان واستقر ملكه فيه ، ولم ينتقل الى الراهن على تقدير ان لا يرجع على الراهن بما ضمن ، ونفذ بيعه عليه ، لانه المباشر ، فصار الثمن له لأنه بدل ملكه . وانما اداه للمرتهن على حسبان ان المبيع ملك الراهن ، فاذا تبين انه ملكه ، لم يكن راضياً به ، فله ان يرجع به عليه .

بقي هنا شيئان ذكرهما في رد المحتار : الاول : ان المستحق اذا ضمن العدل القيمة ، فقد تكون القيمة اكثر من الثمن الذي اخذه العدل من المرتهن ، فمن يضمن تلك الزيادة ، ذكر الشرنبلالي بحثاً انه ينبغي ان يرجع بالزيادة على الراهن ، لكونه مغروراً من جهته — والا يضيع عليه باقي القيمة التي اخذها منه المستحق .

الثاني : انهم لم يذكروا ان المستحق له ان يرجع ان شاء على المشتري ايضاً ، لانه غاصب ايضاً بالقبض ، وقد هلك المغصوب في يده ، مع انه ينبغي ذكره

وقد نقل في رد المحتار عن الحواشي السعدية ما نصه : والظاهر ان يكون للمستحق خيار تضمين المشتري ايضاً ، لأنه متعدٍ بالاخذ والتسلم لكن لم يذكراه .

وعليه فلو ضمن المستحق المشتري القيمة ، رجع المشتري بالثمن الذي اداه الى العدل او المرتهن ، و يرجع المرتهن به على العدل ، والعدل على الراهن اه قال الزيلعي : وفي الوجه الثاني ، وهو ما اذا كان قائماً في يد المشتري ، فللمستحق ان يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله . ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن ، لأنه العاقد ، فتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشتري اليه ليسلم له المبيع ، ولم يسلم .

ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري ، كان بالخيار : ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه ، واذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرأ الراهن عن الدين ، وان شاء العدل رجع على المرتهن ، لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن ، وقد قبضه ثمناً فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة . فاذا دفعه الى العدل ، عاد حقه في الدين على الراهن كما كان ، فيرجع به عليه ولو ان المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن ، لم يرجع على العدل به ، لأن العدل في البيع عامل للراهن . وانما يرجع عليه اذا قبض . ولم يقبض منه شيئاً ، فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله اه .

لكن قوله « فيما اذا ضمن العدل الثمن للمشتري رجع على الراهن بالقيمة » قال محشيه الشلبي : تبع فيه صاحب الهداية . وقد قال بعض شارحيها : المراد بالقيمة الثمن ، وعزاه الى الكافي اه .

وهذا التفصيل المارمبني على اشتراط التوكيل في الرهن . فان لم يكن التوكيل مشروطاً في الرهن ، يرجع العدل على الراهن فقط ، لا على المرتهن ، سواء قبض المرتهن ثمنه او لم يقبض بأن ضاع في يد العدل بلا تعد به (ملتقى مع زيادة من الشرح)

وفي الغرر والدرر : واما اذا لم يشرط التوكيل فيه بل وكل الراهن العدل بعد العقد ، فما لحق العدل من العهدة رجع بـه على الراهن فقط ، لان التوكيل اذا كان بعد العقد ، لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المجردة عن الرهن اه .

اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقـه عهدة ، لا يرجع به على القابض ، بخلاف الوكالة المشروطة في الرهن ، اذ تعلق بها حق المرتهن فكان البيع لحقه اه .

قال الزيلعي ، بعد ان ذكر مثل ما في الملتقى والدر : هكذا ذكر الكرخي .

وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع . وقال شمس الأئمة السرخسي . هو ظاهر الرواية ، لأن رضى المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم ، فكان التوكيل مستأنفاً لا في ضمن عقد الرهن ، فكان منفصلاً عنه ضرورة . الا

ان فخر الاسلام وشيخ الاسلام قالا قول من يرى جبر هذا الوكيل اصح ، لاطلاق محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير . والاصل على ما بيناه ، فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الاحكام اه فافهم .

وعليه فالتفصيل المار جار ايضاً فيما لو شرطت الوكالة بعد الرهن على ما هو الاصح . لكن يشكل عليه ان صاحبي متن الملتقى ومتن الغرر ذكرا اولا انه لو شرطت الوكالة بعد عقد الرهن يجبر الوكيل على البيع في الاصح ، فيكون ما نقلناه عنهما الآن مخالفاً له جارياً على خلاف الاصح .

والحاصل ان كلام الزيلعي ظاهر ، في ان القائل بجبر هذا الوكيل على البيع ، يلزمه القول بجريان هذا التفصيل المار فيما لو شرطت الوكالة بعد عقد الرهن ، لان ما عللوا به ، وهو تعلق حق المرتهن بهذه الوكالة ، ينتظمها ، ومن قال بعدم جريان هذا التفصيل المار في هذه الصورة معللاً بأن لا تعلق للمرتهن بهذه الوكالة ، يلزمه القول بعدم الجبر على البيع ولم ارَ من نبّه على هذا الاشكال في عبارتي الملتقى والدرر .

ويلوح لي فرق بين ان يوكل الراهن العدل بالبيع بعد عقد الرهن ، بلا اشتراط مع المرتهن ، والظاهر ان هذه لا خلاف في كونها وكالة مفردة لا تعلق للمرتهن بها ، وهي المعنية في قول صاحبي الملتقى والغرر : وان لم يكن التوكيل مشروطاً في الرهن يرجع العدل على الراهن الخ ، وبين ان يشترطها كل من المرتهن والراهن بعد عقد الرهن ملحقين ذلك الشرط بأصل العقد ، وهذه هي التي فيها الخلاف . وان الاصح انها كالمشروطة في عقد الرهن ، وهي المعنيّة في قولهما اولاً « وكذا يجبر لو شرطت الوكالة بعد الرهن » وهذا كما قالوا : لو الحق المتبايعان شرطاً فاسداً بعد ان عقداه صحيحاً ، يلتحق عند ابي حنيفة . وكذا لو اتفقا على بيع الوفاء بعد ان عقداه باتاً يصير وفاء ، كما في الحامدية والخيرية وجامع الفصولين وغيرهما .

ومن تأمل كلام الدرر والملتقى والزيلعي يظهر له قوة ما قلنا . تأمل ولا تعجل ، فأني لم ارَ احداً ذكر هذه التفرقة .

❋ فصل في مسائل متفرقة ❋

يصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه بأن يسلم مائة بطعام مثلا

او بيع ديناراً بدراهم ، ثم قبل القبض بدفع الى المسلم اليه رهناً بالماية او يأخذ رهناً بالدراهم او بالطعام . فأن هلك الرهن المدفوع برأس مال السلم او بثمن الصرف في المجلس ، تم الصرف والسلم وصار المرتهن ، وهو المسلم اليه في الاولى ، واحد عاقدي الصرف في الثانية ، مستوفياً لرأس مال السلم او ثمن الصرف حكماً . وان افترقا قبل نقد وهلاك ، بطلا ، اي الصرف والسلم ، لعدم القبض حقيقة ولا حكماً ، وعليه رد الرهن . فأن هلك في يده قبل الرد ، هلك برأس المال لأنه صار مستوفياً لرأس المال بهلاك الرهن بعد بطلان عقد السلم ، ولا ينقلب السلم جائزاً واما الرهن بالمسلم فيه ، فيصح مطلقاً . ولو بعد الافتراق ، لان قبضه لا يجب في المجلس . فأن هلك الرهن ، تم العقد وصار مستوفياً للمسلم فيه ، ويكون في الزيادة اميناً . وان كانت قيمته اقل ، صار مستوفياً بقدرها (كذا في الدر وحواشيه)

ولو لم يهلك ولكن تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن ، يكون ذلك رهناً برأس المال استحساناً حتى يحبسه به . والقياس ان لا يحبسه به ، لانه دين آخر وجب بسبب آخر ، وهو القبض . والمسلم فيه وجب بالعقد ، فلا يكون الرهن بأحدهما رهناً بالآخر ـ كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن فقضى الذي به الرهن او ابرأه منه ، ليس له حبسه بالدين الآخر .

وجه الاستحسان انه ارتهن لحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما ، وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ، ورأس المال عند الفسخ ، فيكون محبوساً به لانه بدله ، فقام مقامه . اذ الرهن بالشيء يكون رهناً ببدله ، كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب ، صار رهناً بقيمته . وان هلك الرهن بعد الفسخ المذكور ، هلك بالاصل ، يعني المسلم فيه ، لانه رهنه به . وان كان محبوساً بغيره وهو رأس المال ، كمن باع عبداً وسلم المبيع واخذه بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع ، له ان يحبسه لاخذ المبيع ، لان الثمن بدله . ولو هلك المرهون ، يهلك بالثمن لانه مرهون به (كذا في الملتقى مع شرحه مجمع الانهر)

ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسئلتنا ، يجب على رب السلم ان يدفع مثل المسلم فيه الى المسلم اليه ويأخذ رأس المال ، لان الرهن مضمون به ، وقد بقي حكم الرهن الى ان يهلك ، فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفياً للمسلم فيه . ولو استوفاه

حقيقة ثم تقايلا، او استوفاه بعد الاقالة ، لزمه رد المستوفي واسترداد رأس المال . فكذا هذا . وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل (زيلعي)

وقوله « صار مستوفياً للمسلم فيه » قال الشلبي في حاشيته عليه : هذا ليس على اطلاقه ، لأنه انما يصير مستوفياً للمسلم فيه اذا كان في الرهن وفاء به . اما اذا كان الرهن اقل منه ، فلا — الا ترى الى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي: « فان هلك الرهن في يده صار مستوفياً للمسلم فيه ، وفي الزيادة يكون اميناً . وان كانت قيمته اقل من المسلم فيه، صار مستوفياً لذلك القدر ويرجع عليه بالباقي اه»

للأب ان يرهن بدين عليه متاعاً لطفله ، لأنه يملك ايداعه . وهذا نظر منه في حق الصبي ، لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ ، مخافة الغرامة ، ولو هلك يهلك مضموناً والوديعة امانة . والوصي في هذا كالأب لما بينا . والجد ابو الاب كالأب عند عدم الأب ووصيه ، كما في الهداية .

واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه عند هلاكه حكماً ، ويصير الأب والوصي موفياً له وبه يضمنان ذلك القدر للصغير ، لا الفضل ، اي لا الزايد على قدر الدين من قيمة الرهن لو كانت اكثر منه ، لانه امانة ، وهو وديعة عند المرتهن ، ولهما ولاية الايداع .

وكذا لو سلطا للمرتهن على البيع ، لأنه توكيل على بيعه ، وهما يملكانه

ثم اذا اخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله ، لأنهما اوفيا دينهما بماله ، وهذا عندهما خلافاً لأبي يوسف . واصل هذه المسئلة البيع ، فان الاب او الوصي اذا باع مال الصغير من غريم نفسه ، تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما ، وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة ، فيأخذ البايع الثمن من المشتري للصغير ، ويأخذ المشتري دينه من البايع . وعلى هذا الخلاف ، الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم نفسه ، تقع المقاصة بنفس البيع عندهما ، ويضمن الوكيل الثمن للموكل . وعنده لا تقع (زيلعي ملخصاً)

اقول : وقوله « وكذا لو سلطا المرتهن » الى قوله « وهما يملكانه » مسلم اذا كان المرهون من المنقولات . اما لو كان عقاراً ، فان الوصي لا يملك بيعه

الا لضرورة نفقة او وفاء دين . واذا كان لا يملك البيع ، فلا يملك التوكيل به ، كما هو ظاهر ، فتأمل .

ثم لو رهن الاب متاع الصغير بدينه فادرك الابن ومات الأب ، فليس للأبن ان يسترده حتى يقضي الدين ، لان تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ . ولو قضى الابن الدين بعد بلوغه وافتك الرهن ، رجع به في مال الاب ، لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع بماله ، فأشبه معير الرهن . وكذا اذا هلك الرهن قبل ان يفتكه ، لان الاب يصير قاضياً دينه به (زيلعي ملخصاً)

وللاب رهن ماله عند ولده الصغير بدين له ، اي للصغير ، عليه ، ويحبسه لاجل الصغير - بخلاف الوصي ، فانه لا يملك ذلك (سراجية)

وكذا عكسه ، يعني اذا كان للاب دين على ابنه الصغير ، فللاب رهن متاع طفله من نفسه ، لانه لوفور شفقته جعل كشخصين ، واقيمت عبارته كعبارتين ، كما في بيع مال الصغير من نفسه - بخلاف الوصي ، لانه وكيل محض فلا يتولى طرفي العقد في رهن ولا بيع (كذا في الدر)

وهذا في البيع محمول على وصي القاضي . قال في التنوير ، في باب الوصي : وان باع او اشترى من نفسه ، فان كان وصي القاضي ، لا يجوز مطلقاً ، وان كان وصي الاب ، جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير ، و بيع الاب مال الصغير من نفسه جائز بمثل القيمة ، و بما يتغابن فيه (رد المحتار)

ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير ، جاز ، لاشتماله على امرين جائزين ، فان هلك ، ضمن الاب حصته من ذلك للولد ، لايفاءه دينه من ماله بهذا المقدار ، وكذلك الوصي وكذلك الجد ابو الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب . ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي ، فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم ، لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ ، لأنه استعاره لحاجة الصبي فلا يكون متعدياً في ذلك . والمال دين على الوصي ، يعني هو المطالب به على ما كان ، ثم يرجع به على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة ، لانها لحاجة الصغير . ولو استعاره

لحاجة نفسه ، ضمنه للصبي ، لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ·
ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده ، فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن في الغصب والاستعمال ، وفي حق الصبي في الاستعمال في حاجة نفسه ، فيقضي به الدين ان كان قد حل · فأن كانت قيمته مثل الدين ، اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم ، لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصاً · وان كانت قيمته اقل من الدين ، ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم ، لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير · وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ، ادي قدر الدين الى المرتهن ، والفضل لليتيم · وان كان لم يحل الدين ، فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم ، فتكون رهناعنده ·
ثم اذا حل الاجل ، كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ·

ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده ، يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير ، لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ ، لان له ولاية اخذ مال اليتيم · فاذا هلك في يده يضمن للمرتهن ، يأخذه بدينه ان كان قد حل ، ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد ، بل هو عامل له وان كان لم يحل ، يكون رهناً عند المرتهن · ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك ، لما ذكرنا (كذا في الهداية)

واذا كان على الميت دين وله وصي فرهن الوصي بعض تركته عند غريم من غرمائه ، لم يجز وللآخرين ان يردوه · فأن قضى دينهم قبل ان يردوه ، جاز · ولو لم يكن للميت غريم آخر ، جاز الرهن وبيع في دينه (هندية)

وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون ، لانه يتحقق الاستيفاء منه ، فكان محلا للرهن (مجمع الانهر) فأن رهن بخلاف جنسه ، هلك بقيمته لا بالوزن والكيل · وان بجنسه ، كما اذا رهن فضة بفضة او ذهباً بذهب او حنطة بحنطة او شعيراً بشعير ، هلك بمثله من الدين وزناً او كيلا ، سواءً قلت القيمة او كثرت ، ولا عبرة بالجودة عند المقابلة بالجنس ، لانها لا قيمة لها حينئذ ، لئلا يؤدي الى الربا

ثم ان تساوي الرهن والمرهون به كيلا او وزناً ، يسقط الدين بلا نظر الى القيمة

ولا الى الجودة عند ابي حنيفة ، خلافاً لهما ، وإنْ الدين از يد ، فالزايد في ذمة الراهن ، وإنْ الرهن از يد ، فالزائد امانة اي غير مضمون

وهـذا كله اذا هلك . واما اذا انتقص بأن كان ابريق فضة فانكسر ، ففيه كلام آخر . وحاصل صور هذه المسئلة في الهلاك والنقصان تبلغ ستة وعشرين صورة ، مبسوطة في المطولات ، وقد اوضحها في التبيين وغاية البيان (كذا في الدر وحاشيته رد المحتار)

باع عبداً على ان يرهن المشتري بالثمن شيئاً بعينه او يعطي كفيلا بعينه ، صح ان كان الكفيل حاضراً في المجلس فقبل . فلو لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً او كان الكفيل غائباً حتى افترقا ، فسد العقد . ولو حضر الكفيل وقبل ، او اتفقا على تعيين الرهن ، او نقد المشتري الثمن ، جاز البيع . و بعد المجلس لا يجوز ولا يجبر المشتري على الوفاء ، لما مر ان الرهن عقد غير لازم قبل القبض وللبايع فسخ البيع لفوات الوصف المرغوب ، لان الثمن الذي به رهن اوثق مما لا رهن به ، فصار الرهن صفة للثمن ، وهو وصف مرغوب فله الخيار بفواته . الا ان يدفع المشتري الثمن حالاً او يدفع قيمة الرهن المشروط رهناً ، لحصول المقصود (كذا في الدر وحاشيته رد المحتار)

الرهن اذا اشتبهت قيمته بعد هلاكه بأن قال كل لا ادري كم كانت قيمته ، ضمن بما فيه فيسقط الدين عن الراهن . وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم « اذا عمي الرهن فهو بما فيه » كذا في الهداية والمنح . قال ط : وهذا اذا لم يعلم انه اقل . فإن علم واشتبهت قيمته ، يراجع اه .

ذكر في الدر اراد ان يرهن نصف داره مشاعاً ، فالحيلة الصحيحة ان يبيع نصفها من طالب الرهن ويقبض منه الثمن على ان المشتري بالخيار ، ويقبض الدار ثم ينتقض البيع بحكم الخيار فتبقي في يده بمنزلة الرهن بالثمن اه لأن له الحبس حتى يقبض الثمن ، ولما كان له في ذلك الحبس منفعة ، كان المحبوس مضموناً عليه بقيمته اذا هلك — بخلاف الامانات ، فانها لا تضمن الا بالاستهلاك . وبخلاف الرهن الحقيقي ، فانه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين . فقوله « بمنزلة الرهن » اي من حيث ثبوت حق الحبس فقط ، لا من حيث انه يضمن كضمان الرهن

فلو هلكت وقيمتها مثل الثمن الذي قبضه البائع ، سقط . ولو اقل ، سقط منه بحسابه (افاده في رد المحتار) قلت : ولو كانت القيمة اكثر من الدين ، سقط الدين ودفع ما زاد عليه الى تمام القيمة . هذا ما يقتضيه قوله انه « مضمون بقيمته » تأمل .

لو ذهبت عين دابة الرهن ، سقط ربع الدين لأن العين من الدابة التي يستعملها ربعها ، فقد فات ربعها فيسقط ربع الدين اذا كانت قيمتها مثل الدين . واحترز بقوله « التي يستعملها » كالبقرة والفرس ، عن نحو الشاة ، فانه يضمن النقصان . وانما كانت عين الدابة ربعها ، لأن اقامة العمل بها انما تمكن بأربع اعين : عيناها وعينا مستعملها (افاده في الدر وحاشيته رد المحتار)

اذا كان الدين الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون ، فقال الراهن انه رهن بخمسماية ، وقال المرتهن بألف ، فالقول قول الراهن مع يمينه . ولو قال الراهن رهنت بجميع الدين الذي لك وهو الف والرهن يساوي الفاً ، وقال المرتهن ارتهنت بخمسماية والرهن قائم ، فقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انهما يتحالفان ويترادان . وان هلك الرهن قبل ان يتحالفا ، كان كما قال المرتهن . وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا في قيمة المرهون ، فالقول قول المرتهن . ولو اقاما البينة ، فالبينة بينة الراهن ، لانها تثبت زيادة ضمان . وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك احدهما فأختلفا في قيمة الهالك ، ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة . وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت احدهما بعينه ، يحلف كل منهما على دعوى صاحبه . ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن . ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك ، فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعي البراءة والراهن ينكر ، فالقول قوله . ولو اقاما البينة ، فالبينة بينته ايضاً لانها تثبت أستيفاء الدين ، وبينة المرتهن تنفي ذلك ، فالبينة المثبتة اولى . ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه ، فالقول قوله ، لان الراهن يدعي دخوله في الضمان وهو ينكر . ولو اقاما البينة ، فالبينة بينة الراهن لأنها

تثبت الضمان (هندية عن البدائع)

ولو جاء المرتهن بجارية قيمتها خمسمائة ، فقال الراهن ليست هذه الجارية جاريتي ، وقال المرتهن هذه تلك الجارية والتقص سعرها ، فالقول قول الراهن ، ويحلف . فان حلف ، تجعل الجارية هالكة بالدين في زعمه ، ثم يرجع الى العدل: ان اقر العدل بما قال المرتهن يقال له بعها للمرتهن ، فاذا باع دفع الثمن الى المرتهن ، فان كان فيه نقص لا يرجع المرتهن ببقية دينه على الراهن - الا اذا اقام المرتهن البينة على ما قال فيرجع ببقية دينه على الراهن .

هذا اذا تصادقا ان قيمة المرهون كانت الفاً . وان اختلفا فقال المرتهن ما رهنتني الا جاريةً قيمتها خمسمائة ، وقال الراهن كان قيمتها الفاً وهذه غير تلك الجارية ، كان القول قول المرتهن . فان صدقه العدل ، يجبر على البيع . فان كان الثمن انقص من الدين ، يرجع ببقية دينه على الراهن . وان امتنع العدل عن بيعها ، يجبر الراهن على بيعها ، او يبيعها القاضي ، وتكون العهدة على الراهن ، وبقية الدين كذلك على الراهن (كذا في الخانية)

اذن الراهن للمرتهن في لبس ثوب مرهون يوماً فجاء به المرتهن متخرقاً وقال تخرق في لبس ذاك اليوم ، وقال الراهن ما لبسته في ذلك اليوم ولا تخرق فيه ، فالقول للراهن . وان اقر الراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس او بعده ، فالقول للمرتهن انه اصابه في اللبس ، لاتفاقهما على خروجه من الضمان ، فكان القول للمرتهن على قدر ما عاد من الضمان عليه (بزازية)

الكتاب السادس

في الامانات

❊ ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب ❊

اعلم ان حفظ الامانة يوجب سعادة الدارين · والخيانة توجب الشقاء فيهما · قال الله تعالى ❊ ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ❊ قال النبي صلى الله عليه وسلم ❊ على اليد ما اخذت حتى تؤديه ❊ وقال صلى الله عليه وسلم ❊ اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك ❊ رواهما ابو داود والترمذي · وقال عليه الصلاة والسلام ❊ الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر ❊ وروي ان زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمر يوسف عليه السلام فقامت تنادي ايها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة اقامت المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك · فسئل عنها فقيل انها زليخة فتزوجها مرحمة عليها (زيلعي)

المقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالأمانات

المادة ٧٦٢ — ❊ الامانة هي الشيء الذي يوجد عند الامين سواء كانت امانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة او كان امانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار او دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد كما لو القت الريح في دار احد مال جاره فحيث كان ذلك بدون عقد لا يكون وديعة بل امانة فقط ❊

حاصله ان النسبة بين الامانة و بين ما ذكر من الوديعة والمأجور والمستعار، العموم والخصوص . فصح حمل الامانة على كل واحد مما ذكر ، فيقال الوديعة امانة، المأجور امانة، المستعار امانة ، دون العكس . كما يقال الانسان حيوان دون العكس .

وذكر بعض شراح الهداية بعد تقرير ما ذكر ان الفرق بين الأمانة والوديعة ان الوديعة هي الاستحفاظ قصداً ، والامانة ما يقع في يده من غير قصد . بأن هبت الريح بثوب انسان والقته في حجر غيره . وايضاً في الوديعة يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ، وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف . فورد عليه انه اذا اعتبر في احداها القصد وفي الأخرى عدمه ، كان بينهما تباينٌ لا عمومٌ وخصوص ، فلا يصح حينئذ حمل الامانة على الوديعة .

واجاب في مجمع الأنهر بأن المراد بقولهم « ما يقع في يده من غير قصد » كونها بلا اعتبار القصد ، لا ان عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين ، بل هي اعم من الوديعة لانها تكون بالقصد فقط ، والامانة تكون بالقصد وغيره اه .

لكن هذا الجواب غير كاف لدفع الايراد المذكور ، كما اشار اليه في الفتح لان ذلك البعض قد جعل حكم الأولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ، وحكم الاخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق ، وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتحقق التباين وحمل احد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا .

على ان التفرقة في الحكم المذكور انما هو بين جزئيات الأمانة، يعني بين الوديعة والمستعار مثلاً ، لا بين الكلي ، وهو الأمانة ، وبين بعض جزئياتها كالوديعة .

وقد اتضح من هذا ان ما ذكر في هذه المادة من تعريف الامانة بانها الشيء الذي يوجد عند الامين ، لا يرد عليه شيء مما ذكر — لا يقال ان فيه ذكر الامين في تعريف الامانة وهو مشتق منها فيلزم منه الدور ، لأنا نقول : الامانة المعرفة هي العين لا المصدر الذي اشتق منه الامانة ، فلا دور .

ونقل في الفتح عن النهاية ان الأولى ان يقال ان لفظ الامانة صار علماً لما هو غير مضمون . فمعنى قولنا « هو امانة عنده » اي غير مضمون عليه ، فينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها .

وما ناقش به العيني في شرح الهداية حيث قال « ان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هـذا من اقسام الاعلام اه » تعقبه في الفتح بأنه من علم الاجناس ، كاسامة علماً لجنس الاسد ، وسبحان علم لجنس التسبيح ، الى غير ذلك من اعلام الاجناس اه ٠

المادة ٧٦٣ – ﴿ الوديعة هي المال الذي يوضع عند شخص لأجل الحفظ ﴾

هذا معنى الوديعة شرعاً ، وهي لغة فعيلة بمعنى مفعولة ، مشتقة من الودع ، وهو الترك قال عليه الصلاة والسلام ﴿ لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات ﴾ اي عن تركهم اياها ٠

وما ذكره النحاة من ان العرب اماتوا مصدر يدع ، مردود بأن النبي صلى الله عليه وسلم افصح العرب ، وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها ، لأن الشيء يترك عند الامين (افاده في الفتح والزيلعي)

المادة ٧٦٤ = ﴿ الايداع هو احالة المالك محافظة ماله لآخر ٠ ويسمى المستحفظ مودعاً بكسر الدال ٠ والذي يقبل الوديعة وديعاً ومستودعاً ﴾

يقال اودعت زيداً مالاً واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده ٠ فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما ، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما ، والمال مودع ووديعة (فتح)

ثم ان تعريف الايداع بما ذكر ، هو بمعنى قول الكنز والملتقى والتنوير: الايداع تسليط الغير على حفظ ماله ٠ زاد في التنوير « صريحاً او دلالة » لما في البحر عن المحيط :

انفتق زق رجل فاخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضراً ، فأنه يضمن ، لأنه لما اخذه فقد التزم حفظه دلالةً . وان لم يأخذه ولم يدن منه لا يضمن . وان كان المالك حاضراً لم يضمن في الوجهين . قال (ط) : وهذا يفيد انه اذا دنا منه لزمه وان لم يأخذه ، والعلة تنافيه . وعبّر بالأنفتاق لأنه لو فتقه مالكه وتركه فلا ضمان على احد . ولو فتقه غيره فالضمان على الفاتق . كذا ظهر لي و يحرر اه .

اقول في جعل صاحب البحر هذه المسئلة مما وجد فيه التسليط من المالك دلالةً ، نظرٌ ، لأن التسليط فعل المالك ، واخذ الزق المنفتق فعل الامين ، فليس فيه تسليط المالك لا صريحاً ولا دلالةً ، وانما فيه التزام الآخذ حفظه نعم يظهر التسليط دلالةً ، فيما لو وضع ثوباً بين يدي رجل ولم يقل شيئاً ، كما سيأتي . واما ما ذكره هنا من توجيه التسليط دلالةً بأن المالك يجب حفظه ماله ويجب المعاونة على حفظه ، فغير ظاهر ، لأنه يقتضي ان مالك اللقطة ايضاً مودع بالكسر ، وليس كذلك كما سيأتي ، فتأمل .

المادة ٧٦٥ = ❊ العارية هي المال الذي ملكت منفعته لآخر مجانا اي بلا بدل . ويسمى معاراً ومستعاراً ❊

مشروعيتها بالكتاب : قال الله تعالى ❊ ويمنعون الماعون ❊ ما يتعاورونه في العادة . وقيل الزكاة . فقد ذم الله تعالى عَلَى منع الماعون ، وهو عدم اعارته ، فتكون الأعارة محمودة .

وبالسنة ، وهي ما روي البخاري انه عليه السلام استعار من ابي طلحة فرساً يسمى المندوب ، فركبه .

وبالاجماع ، فأن الأمة اجمعت على جوازها . وانما اختلفوا في انها مستحبة او واجبة ، والاكثر انها مستحبة اه (ابو السعود)

وهي لغةً مشددة ، وتخفف ، اعارة الشيء كما في القاموس ، وعلى التشديد منسوبة الى العار ، اسم من الاعارة ، ويجوز ان تكون من التعاور ، وهو التناوب ، وقيل غير منسوبة بل بأوها كياء الكرسي .

واخذها من العار بمعنى العيب ، لأن طلبها عيب كما قال الجوهري وابن الاثير ، مردود بأن العار يائي ، وهي واوية (افاده ط)

وقيل هي اسم لما اعير ، كما في مجمع الأنهر .

وشرعاً تمليك منفعة من عين مع بقائها بلا بدل (كذا في الملتقى)

واحترز بالاول عن قرض نحو الدراهم وعن البيع والهبة . وبقوله «بلا بدل» عن الأجارة . والتعريف المذكور في هذه المادة انما هو للعارية بمعنى المعار ، كما هو ظاهر .

المادة ٧٦٦ = ﴿الاعارة اعطاء الشيء عارية . والذي يعطيه يسمّى معيراً﴾

قال في المنح عن القاموس : اعاره الشيء واعاره منه وعاوره اياه وتعوّر واستعار ، طلبها . واعتوروا الشيء وتعوّروه وتعاوروه ، تداولوه اه .

المادة ٧٦٧ = ﴿الأستعارة اخذُ العارية ويقال للآخذ مستعير﴾

= الباب الاول =

﴿في بيان احكام عمومية تتعلق بالامانات﴾

المادة ٧٦٨ ﴿الامانة لا تكون مضمونة بعني اذا هلكت او ضاعت بلا صنع الامين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان﴾

هذا حكم الامانة من حيث هي امانة ، سواءٌ كانت وديعة او عارية او مستأجراً او غير ذلك . حتى ان اشتراط الضمان على الامين ، باطل كما في الدر وغيره .

المادة ٧٦٩ - ﴿ اذا وجد شخص في الطريق او في محل آخر شيئاً فأخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب . وعلى هذا اذا هلك ذلك المال او ضاع ولو بلا صنع او تقصير منه يصير ضامناً . واما لو اخذه على ان يردّه لمالكه فان كان مالكه معلوما كان في يده امانة ويلزم تسليمه الى مالكه . وان لم يكن مالكه معلوماً فهو لقطة ويكون في يد ملتقطه امانةً ايضاً ﴾

قد تضمنت هذه المادة والمادة الآتية بعدها بيان حكم نوع من انواع الامانات ، وهو اللقطة . وهي اذا اريد بها المعنى المصدري ، وهو الالتقاط ، رفع شيء ضائع للحفظ على الغير ، لا للتملك ، سواء علم مالكه ، كالواقع من السكران ، اولا (تنوير) وان اريد بها اسم المفعول ، اعني ما يلتقط ، مال يوجد في الطريق ولا يعرف له مالك بعينه ، كما في الهندية . ومثله في الدر عن التتارخانية عن الكافي

والصحيح في حكم رفعها من الارض ان من وجدها ان تيقن من نفسه منعها وعدم تعريفها ، فرض عليه تركها ، وان شك في ذلك ، ندب تركها . وان وثق من نفسه تعريفها وردها ، فان لم يخف ضياعها ، ندب رفعها . والا بأن غلب على ظنه ضياعها ، وجب رفعها ، لأن لمال المسلم حرمة كالنفسه ، فلو تركها وقد غلب ظنه ضياعها حتى ضاعت ، أثم ، لكن لا ضمان عليه

وهذا اذا لم يرفعها ، فأن رفعها ثم ردّها حتى ضاعت ، فقيل يضمن لما في جامع الفصولين : لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه ، برأ . ولو اخذه ثم تركه ، ضمن لو صاحبه غائباً ، لا لو حاضراً . وكذا لو رأى ما وقع من كم رجل اه وفي ظاهر الرواية لا يضمن ايضاً ، كما في الفتح وغيره

والفرق بينه وبين الزق ، ان الزق اذا انفتح ثم تركه بعد اخذه ، لا بد من سيلان شيء منه ، فالهلاك فيه محقق – بخلاف الواقع من الكم لو تركه بعد اخذه ، لاحتمال ان يلتقطه امين غيره ، ومثله اللقطة

وايضاً ان هلاك اللقطة اذا تركت بعد اخذها ، ليس بالترك ، بل بفعل الآخذ بعده = بخلاف ترك الزق المنفتح بعد اخذه ، فان سيلانه بتركه

واطلقوا الرد فشمل ما اذا ردها قبل ان يذهب بها ، او بعده ، وشمل ايضاً ما لو خاف باعادتها الهلاك اولا (اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار)

قال في الهندية : وهذا اذا اخذ اللقطة ليعرفها ، فان كان اخذها لياً كلها لم يبرأ عن الضمان ما لم يدفعها الى صاحبها . وهو كما لو كانت اللقطة دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها ، على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى يكون ضامناً ، ومنها اذا كانت اللقطة ثوباً فلبسه ثم نزع واعاده الى مكانه ، فهو على هذا الخلاف

وهذا اذا لبس كما يلبس الثوب عادة . اما اذا كان قميصاً فوضعه على عاتقه ثم اعاده الى مكانه ، فلا يكون ضامناً اه وتمامه فيها .

المادة ٧٧٠ – ❋ يلزم الملتقط ان يعلن انه وجد لقطة ويحفظ المال في يده امانة الى ان يوجد صاحبه . واذا ظهر احد واثبت ان تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها له ❋

اعلم انه عند ابي حنيفة ومحمد لا بد لنفي الضمان عن الملتقط من الاشهاد عند رفعه اللقطة . وظاهر المبسوط اشتراط العدلين ويكفيه في الاشهاد ان يقول عندي ضالة او شيء فمن سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي .

ولا فرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر . فلو وجد لقطتين او ثلاثة وقال من سمعتموه يريد لقطة فدلوه علي ، فهذا تعريف للكل ، ولا ضمان ان هلك الكل عنده ، كما في الهندية . واذا وجد لقطة في طريق او مفازة ولم يجد احداً ان يشهد عليه عند الآخذ ، قال يشهد اذا ظفر بمن يشهد عليه . فاذا فعل

ذلك لا يضمن (كذا في المحيط)

ولا يجب ان يعين ذهباً او فضة ، خصوصاً في هذا الزمان . ولا يشترط التصريح بكونها لقطة . ثم ان الاشهاد عندهما انما يكون شرطاً عند الاختلاف بأن قال الملتقط اخذته لارده ، وكذبه المالك . فاذا لم يشهد عند الأخذ يضمن عند ابي حنيفة ومحمد . قال ابو يوسف لا يضمن ، والقول قوله انه رفعه ليرده ، لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية .

ولهما انه اقر بسبب الضمان ، وهو اخذ مال الغير ، وادعى ما يبرؤه ، وهو الاخذ لمالكه ، وفيه وقع الشك ، فلا يبرأ ما لم يكن اشهد عدلين على انه اخذه ليرده . وما ذكر من الظاهر ، معارض بمثله لأن الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه

ورجح في الحاوي القدسي قول ابي يوسف . قال : وبه نأخذ .

وفي الينابيع ذكر في بعض الكتب قول محمد مع ابي حنيفة . والاصح انه مع ابي يوسف . لكن المتون كالكنز والملتقى والقدوري والدرر والتنوير على قول ابي حنيفة .

ومحل اشتراط الاشهاد ، عند الامكان . فلو لم يجد من يشهده عند الرفع ، او خاف انه لو اشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم ، فترك الاشهاد ، لا يضمن . والقول قوله مع يمينه على كون ذلك منعه من الاشهاد . وفي فتاوي اهل سمرقند : اذا وجد لقطة في طريق او مفازة ولم يجد احداً ان يشهده عليه عند الأخذ ، قال يشهد اذا ظفر بمن يشهد عليه . فاذا فعل ذلك ، لا يضمن . والحاصل كما في الدرر ان الملتقط اذا لم يشهد عند الرفع ، ان اقر انه اخذها لنفسه ، يضمن بالاجماع ، لأنه اخذ مال الغير بغير اذنه و بغير اذن الشرع . ولو تصادقا على انه اخذها للمالك ، فلا ضمان اجماعاً ، لأن تصادقهما حجة في حقهما ، كالبينة . وان اختلفا ، فعند ابي حنيفة ومحمد يضمن . وعند ابي يوسف لا يضمن ، والقول قوله مع يمينه انه رفعها للمالك .

ومحل الاختلاف فيما اذا اتفقا على كونها لقطة ، لكن اختلفا هل التقطها للمالك اولا . اما اذا اختلفا في كونها لقطة فقال صاحب المال اخذتها غصباً ، وقال الملتقط لقطة وقد اخذتها لك ، فالملتقط ضامن بالاجماع يعني اذا لم يكن اشهد عند الأخذ

ثم هل يشترط على قولهما التعريف بعد الاشهاد لنفي الضمان ؟ في المحيط : شرط نفي الضمان ، الاشهاد واشاعة التعريف . وحكى فيه في الظهيرية اختلافاً ، فقال الحلواني يكفي عن التعريف اشهاده عند الاخذ بانه اخذها ليردها ، وهو المذكور في السير . ومنهم من قال : يأتي على ابواب المساجد وينادي . وحاصله ان الاشهاد لا بد منه على قول الامام ، باتفاقهم . والخلاف في انه هل يكفي عن التعريف بعده او لا . ولم يقل احد ان التعريف بعد الأخذ يكفي عن الاشهاد وقت الاخذ .

ومعنى التعريف ان ينادي عليها جهراً حيث وجدها وفي الجامع كالأسواق وابواب المساجد وكبيوت القهوات في زماننا .

ولم يجعلوا للتعريف مدة ، اتباعاً للسرخسي ، فانه بنى الحكم على غالب الرأي ، فيعرف في القليل والكثير الى ان يغلب على رأيه ان صاحبه لا يطلبه .

وصححه في الهداية وفي المضمرات والجوهرة ، وعليه الفتوى . فان اشهد وعرف ، كانت امانة لم تضمن بلا تعد . وبعد التعريف وغلبة ظنه انه لا يوجد صاحبها ، يخير الملتقط : بين ان ينتفع بها لو كان فقيراً ، وبين ان يتصدق بها على فقير ، ولو كان الفقير اصله او فرعه او عرسه . لكن اذا كان الملتقط غنياً فليس له دفعها لفرعه الصغير الفقير ، لأن الصغير يعد غنياً بغناء ابيه — وبين ان يمسكها لصاحبها .

وفي الخلاصة : له بيعها ايضاً وامساك ثمنها . ثم اذا جاء ربها ليس له نقض البيع لو بأمر القاضي ، والا فلو قائمةً ، له ابطاله . وان هلكت ، فان شاء ضمن البايع ، وعند ذلك ينفذ البيع في ظاهر الرواية ، وان شاء ضمن المشتري قيمتها ورجع بالثمن على البايع ، كما في المحيط . وله ايضاً دفعها للقاضي فيتصدق بها ، او يقرضها من مليّ او يدفعها مضاربة . والظاهر ان له البيع ايضاً . وفي المجتبى : التصدق بيده في زماننا اولى من الدفع للحاكم . وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً ان حل الانتفاع للفقير بعد التعريف لا يتوقف على اذن القاضي . ويخالفه ما في الخانية من انه لا يحل ذلك للفقير بلا امره عند عامة العلماء . وقال بشر : يحل اهـ .

وهذا كله اذا لم يعرف انها لذمي . فلو عرف انها له ، لا يتصدق بها بل يضعها في بيت المال . ثم اذا جاء صاحبها بعد التصدق ، خير بين ان يجيز فعل الملتقط ولو

بعد هلاكها ، وله ثوابه ، و بين ان يضمنه . ولو كان التصدق بأمر القاضي ، فيملكها الملتقط من حين الاخذ ويكون الثواب له ، كما ان له ان يضمن القاضي لو فعل ذلك ، لانه تصدق بمال الغير بلا اذنه . وله ايضاً ان يضمن المسكين . فان ضمن الملتقط او القاضي ، لا يرجعان على المسكين . وان ضمن المسكين ، لا يرجع على الملتقط او القاضي . وان كانت اللقطة في يد الملتقط او المسكين قائمة ، اخذها منه . وان كانت اللقطة شيئاً مما يحتاج الى النفقة ، ان كانت شيئاً يمكن اجارته ، يؤجره بامر القاضي و ينفق عليه من الاجر . وان لم تكن له منفعة ، او لم يجد من يستأجرها وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها ، باعها وأمر بحفظ ثمنها . واذا جاء صاحبها وطلبها ، منعها اياه حتى يوفي النفقة التي انفق عليها . فان هلكت بعد منعه اياها ، سقطت النفقة على ما في الهداية ، وجرى عليه في الملتقى والدرر والنقاية وغيرها ، لانه تصير كالرهن . وجعله القدوري قول زفر قال : وعند اصحابنا لا تسقط لو هلكت بعده . وعزاه في الينابيع الى علمائنا الثلاثة . وظاهر الفتح اعتماد ما ذكره القدوري .

ونقل في الشرنبلالية عن خط العلامة قاسم ان ما في الهداية ليس بمذهب لأحد من علمائنا الثلاثة ، وانما هو قول زفر ولا يساعده الوجه .

وما انفق الملتقط على اللقطة بغير اذن الحاكم فهو تبرع . وبأذنه يكون ديناً . وصورة اذن القاضي ان يقول له انفق على ان ترجع . فلو امره به ولم يقل على ان ترجع ، لا يكون ديناً ، وهو الأصح . ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم البينة انها لقطة عنده في الصحيح . وان عجز عن اقامة البينة ، يأمره بالانفاق عليه مقيداً بأن يقول بين جماعة من الثقاة : ان هذا ادعى ان هذه لقطة ولا ادري اهو صادق ام كاذب ، وطلب ان آمره بالانفاق عليها . فاشهدوا اني امرته بالانفاق عليها ان كان الامر كما يقول . وانما يأمره بالانفاق عليها يومين او ثلاثة بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضراً لظهر . فاذا لم يظهر ، يؤمر ببيعها . واذا باعها ، اعطى الملتقط ما انفق في اليومين او الثلاثة (فتح)

ولا يجبر الملتقط على دفعها بلا بينة وقضاء القاضي بها . فان بين علامة مع المطابقة ، حل الدفع بلا جبر . ولو اصاب في بعض العلامات ، لا يكفي . ولو ادعاها اثنان

وبين كل من المدعيين واصابا ، ينبغي حل الدفع لها . وكذا يحل الدفع ان صدقه مطلقاً ، بين العلامات ، اولا . وله اخذ كفيل ، الا مع البينة ، في الاصح . ولو دفع بالتصديق او بالعلامة واقام آخر بينة انها له ، فإن قائمةً ، اخذها . وان هالكةً ، ضمن ايهما شاء . فان ضمن القابض ، لا يرجع على احد . او الملتقط ، فكذلك في رواية ، وفي اخرى يرجع ، وهو الصحيح ، لانه وان صدقه ، الا انه بالقضاء عليه صار مكذباً شرعاً ، فبطل اقراره (الكل مأخوذ من الدر وحواشيه والدرر والبحر والهندية)

سكران هو ذاهب العقل نام في الطريق فوقع ثوبه في الطريق فجاء رجل واخذه ليحفظه ، لا ضمان عليه لان ذلك الثوب بمنزلة اللقطة . وان اخذ الثوب من تحت رأسه او الخاتم من يده او كيساً من وسطه او درهماً من كمه وهو يخاف الضياع فأخذه ليحفظه ، كان ضامناً (هندية) .

والصبي كبالغ في اشتراط الاشهاد منه او من وليه او وصيه ، ويعرف عنه وليه او وصيه . ثم لابيه او وصيه بعد الاشهاد والتعريف التصدق بها . وكذا له تمليكها للصبي لو فقيراً بالاولى . واذا تصدق بها الاب او الوصي ثم ظهر صاحبها وضمنه ، قال بن وهبان ، ينبغي ان يكون الضمان في مالهما دون الصبي . وبه يندفع بحث البحر بأن في تصدقهما بها اضراراً بالصغير اذا حضر المالك ، والعين هالكة من يد الفقير (كذا في الدر وحاشية رد المحتار)

المادة ٧٧١ — ❋ اذا هلك مال شخص في يد آخر فأن كان اخذه اياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال . وان كان اخذ ذلك المال بأذن صاحبه لا يضمن لانه امانة في يده الا اذا كان اخذه على سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان ❋

اقول : والمأذون من الشرع كالمأذون من المالك ، كالأب والوصي اذا هلك

في يدهما مال الصغير . ومثلها واجد اللقطة اذا اشهد وعرف ، وهو ظاهر .

ومثل المأخوذ على سوم الشراء ، المقبوض على سوم الرهن اذا بين ما يأخذه من الدين ، فإنه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ، كما تقدم في كتاب الرهن .

وفي الخانية : لو استعار دابة يوماً الى الليل فأمسكها بعد اليوم فهلكت ، ذكر في الكتاب انه يكون ضامناً . وبه اخذ شمس الائمة السرخسي ، لان الاذن بالقبض موقت ، فبعد الوقت يكون ممسكاً مال الغير بغير اذنه اه ملخصاً .

✻ مثلاً اذا اخذ شخص اناء بلور من دكان البايع بدون اذنه فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته . واما اذا اخذه بأذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد اثناء النظر وانكسر لا يلزمه الضمان . ولو وقع ذلك الاناء على آنية اخرى فانكسرت تلك الآنية ايضاً لزمه ضمانها فقط . واما الاناء الاول فلا يلزمه ضمانه لانه امانة في يده . واما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الاناء فقال له صاحب الدكان بكذا غروشاً خذه فأخذه بيده فوقع للارض وانكسر ضمن ثمنه . وكذا لو وقع كأس الفقاعي من يد احدٍ فانكسر وهو يشرب لايلزمه الضمان لانه امانة من قبيل العارية . اما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان ✻

ولو استعار ثوباً ليبسطه فوقع عليه من يده شيء او عثر فوقع عليه فتخرق لا يكون ضامناً (كذا في الخانية)

والفقاع الذي يشرب ، والفقاعي بايعه كما في الصحاح .

المادة ٧٧٢ — ✻ الاذن دلالة كالاذن صراحة . اما اذا وجد النهي صراحة فلا عبرة للاذن دلالة . مثلاً اذا دخل شخص دار آخر بأذنه

فوجد اناءً معدّاً للشرب فهو مأذون دلالة بالشرب به فإذا اخذ ذلك الاناء ليشرب به فوقع من يده وهو يشرب فلا ضمان عليه . واما اذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم اخذه ليشرب به فوقع من يده وانكسر ضمن قيمته *

اذ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح ، كما مر في المادة (١٣)

ومن الاذن دلالة ما في الفصل (٣٣) من جامع الفصولين : ذبح شاة لا ترجى حياتها ، لا يضمن استحساناً سواءً كان اجنبياً او راعياً . وفي فرس وبغل يفتى بضمان الاجنبي . وانما يضمن قيمة فرس وحمار لا ترجى حياتها .

ثم رمز الى (قط) : خاف على شاة فذبحها ضمن قيمتها يوم الذبح . قال (خه): انما يضمن لو شاة ترجى حياتها لا لو تيقن بموتها اذ امر بحفظها . وذبحها اذ ذاك حفظ . والاجنبي ضمنها قياساً لا استحساناً للاذن دلالة . ولو اختلفا صدق المالك . والبيّنة على الذابح انها لم ترج حياتها اه .

وذكر الخير الرملي في حاشيته عليه ان في ضمان الاجنبي في ذبح شاة لا ترجى حياتها اختلاف الفتوى . ومثل ما في الفصولين في الخانية ايضاً . ومنه ما في جامع الفصولين ايضاً : من احضر فعلة لهدم داره فهدمه آخر بلا اذن ، لم يضمن استحساناً = اي للاذن دلالة .

والاصل ان كل عمل لا يتفاوت فيه الناس ، تثبت الاستعانة بكل منهم = بخلاف المتفاوت ، كعلق شاة للسلخ فسلخ غيره بلا اذن ، ضمن ، لتفاوت الناس في السلخ لا الذبح اه .

وفي الهندية عن التتارخانية : استعار فاساً وضرب به في الحطب ويبست في الحطب فأتى بفأس ثانية وضرب راس تلك الفاس فانكسر ، يضمن . وبه افتى القاضي جمال الدين . وقال القاضي بديع الدين : ان كان الضرب معتاداً ، فلا يضمن اه اي للاذن بمثل ذلك دلالة .

وفي العمادية : ولو استعار محملاً او فسطاطاً وهو في المصر فسافر به ، لا يضمن : ولو استعار سيفاً او ثوباً او عمامة فسافر به ، يضمن اه اي لان السفر بمثل المحمل، مأذون به دلالة ، لا بمثل الثوب والعمامة .

وفي غصب رد المحتار عن القنية : اخذ احد الشريكين حمار صاحبه الخاص وطحن به فمات ، لا يضمن، للاذن دلالة . قال : عرف بجوابه هذا انه لا يضمن فيما يوجد الاذن دلالة وان لم يوجد صريحاً ، كما لو فعل بحمار ولده او بالعكس اواحد الزوجين او ارسل جارية زوجته فأبقت اه

وفي شرح سليم باز عن الهندية : جماعة في بيت انسان اخذ واحد منهم مرآة ونظر فيها ودفعها الى آخر ونظر فيها ثم ضاعت ، لم يضمن احد ، لوجود الاذن في مثله دلالة اه

وفيه عن رد المحتار عن الولوالجية : دخل بيته باذنه فأخذ اناء لينظر اليه فوقع ، لا يضمن ولو اخذه بلا اذنه — بخلاف ما لو دخل سوقاً يباع فيه الاناء ، فانه يضمن اه

= الباب الثاني =

❋ في الوديعة ويشتمل على فصلين ❋

الفصل الاول

❋ في بيان المسايل المتعلقة بعقد الايداع وشروطه ❋

المادة ٧٧٣ — ❋ ينعقد الايداع بالايجاب والقبول صراحة ودلالة ❋

الايجاب يكون قولا صريحاً او كناية ، ويكون فعلا . والقبول من المودع

يكون صريحًا ويكون دلالةً هذا ما صرح به في البحر وتبعه في الدرر .

ثم قال في البحر : وانما قلنا في الايجاب صريحًا او كنايةً ، ليشمل ما لو قال رجل لآخر اعطني الف درهم ، او قال لرجل في يده ثوب اعطنيه فقال اعطيتك ، فهذا على الوديعة ، نص عليه في المحيط ، لان الاعطاء يحتمل الهبة والوديعة . والوديعة ادنى ، وهو متيقن ، فصار كناية ، اي فصار الاعطاء كناية عن الايداع .

وانما قلنا في الايجاب « او فعلا » ليشمل ما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئًا ، فهو ايداع

وانما قلنا في القبول « او دلالة » ليشمل سكوته عند وضعه بين يديه ، فإنه قبول دلالة ، حتى لو قال لا اقبل لا يكون مودعًا ، لأن الدلالة لم توجد اه لانها لا تثبت مع الصريح

فالمراد بالكناية في الايجاب ما احتمل الوديعة وغيرها ، وما بحثه في تكملة رد المحتار من ان « احتمال الوديعة في مثل هذه العبارة ، يعني اعطيتك هذا الثوب ، بعيد جداً لغة وعرفاً ، فلماذا عدلوا عن المتبادر الى غيره اه » ، مردودٌ بأن التمليك لا يتم بلفظ محتمل له ولغيره وان كان احتمال غيره بعيداً ، فوجب صرفه لادنى ما ينطلق عليه لكونه متيقناً . وقد نبه في البحر ومثله في الهندية ان كون انعقاد الايداع موقوفاً على القبول من المودع انما هو في حق وجوب الحفظ . واما في حق الأمانة ، فيتم بالايجاب وحده . حتى لو قال للغاصب اودعتك المغصوب ، برأ عن الضمان وان لم يقبل . وعزاه في البحر للاختيار .

لكن ذكر في (٣٣) من جامع الفصولين فيما يبرأ به الغاصب برمز (ج) ما نصه : المالك لو قال للغاصب اودعتك المغصوب ، لا يبرأ اذ لم يوجد الابراء . والامر بالحفظ وعقد الوديعة لا ينافيان الضمان كما لو خالف المودع ، ضمن لو كان العقد قائمًا .

ثم رمز الى (ذ) : لو غصب فاجاز المالك قبضه ، برأ اذ الأذن انتهاء كالأمر ابتداء ، ولان الاجازة تلحق الافعال من غير خلاف ، وهو الصحيح اه ملخصاً .

ثم رمز الى (فقط) : غصب دابة او ثوبًا او دراهم وهي باقية بعينها فابرأه منها ،

تصير امانة . وكذا لو حالله من ذلك ، سواء باقية او لا . فلو هالكة ، فهوابراء عن الدين . ولو باقية ، فهو ابراء عن الغصب اه .

ولعل ما في البحر عن الاختيار محمول على ما اذا وقع الابداع بعد الابراء عن الغصب او التحليل منه ، او بعد اجازة قبض الغاصب ، فليتأمل .

﴿ مثلا اذا قال صاحب الوديعة اودعتك هذا الشيء او جعلته امانة عندك فقال المستودع قبلت انعقد الايداع صراحة . وكذا لو دخل شخص خاناً فقال لصاحب الخان اين اربط دابتي فاراه محلاً فربط الدابة فيه انعقد الايداع دلالةً ﴾

لأن سكوته عند الوضع قبول دلالة . ومثله ما اذا دخل الحمام فوضع ثيابه بمرأى من الثيابي ، كما في الدر . والثيابي بالثاء المثلثة ، هو حافظ الثياب في الحمام ، كما في القاموس .

قال في البحر : ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً . فاذا كان غائباً ، فالحمامي مودع اه .

وفي الهندية عن الظهيرية : وان كان له ثيابي وهو حاضر ، فالضمان على الثيابي دون صاحب الحمام - الا اذا نص على استحفاظ صاحب الحمام بأن قال لصاحب الحمام اين اضع الثياب فحينئذ يجب الضمان على صاحب الحمام وان كان له ثيابي وهو حاضر اه .

وفي التكملة عن الذخيرة : رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام احفظ الثياب ، فلما خرج لم يجد ثيابه ، فان اقر صاحب الحمام ، ان غيره رفعها وهو يراه ويظن انه رفع ثياب نفسه ، فهو ضامن ، لأنه ترك الحفظ حيث لم يمنع القاصد وهو يراه . وان اقر اني رأيت واحداً قد رفع ثيابك الا انني ظننت ان الرافع انت ، فلا ضمان عليه ، لأنه لم يصر تاركاً للحفظ لما ظن ان الرافع هو . وان سرق وهو لا يعلم به ، فلا ضمان عليه ان لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع . وهو قول الكل لأن صاحب الحمام مودع في حق الثياب اذا لم يشترط له بازاء حفظه الثياب اجراً . اما اذا شرط له بازاء الحفظ اجراً وقال الأجرة بازاء الانتفاع بالحمام

والحفظ ، فحينئذ يكون على الاختلاف . وان دفع الثياب الى الثيابي وهو الذي يقال له بالفارسية « جامه دار » فعلى الاختلاف لا ضمان عليه فيما سرق عند ابي حنيفة ، خلافاً لهما ، لأنه اجير مشترك اه وفي التكملة ايضاً ، عن فتاوى الفضلي : امرأة دخلت الحمام ودفعت ثيابها الى المرأة التي تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثوباً من ثيابها ، قال محمد بن الفضل ان كانت المرأة دخلت اولا في هذا الحمام ودفعت ثيابها الى التي تمسك الثياب ، فلا ضمان على الثيابية في قولهم جميعاً اذا لم تعلم انها تحفظ الثياب بأجر ، لانها اذا دخلت اول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشترط لها الأجر على الحفظ ، كان ذلك ابداعاً ، والمودع لا يضمن عند الكل الا بالتضييع . وان كانت هذه المرأة قبل هذه المرة قد دخلت الحمام وكانت تدفع ثيابها الى هذه الممسكة وتعطيها الأجر على حفظ الثياب ، فلا ضمان على الثيابية عند ابي حنيفة ، خلافاً لهما ، لأنها اجيرة مشتركة .

وذكر قاضيخان انه ينبغي ان يكون الجواب في هذه المسألة على التفصيل : ان كان الثيابي اجير الحمامي يأخذ منه كل يوم اجراً معلوماً بهذا العمل ، لا يكون ضامناً عند الكل ، بمنزلة تلميذ القصار والمودع اه

❋ وكذلك اذا وضع رجل ماله في دكان فرآه صاحب الدكان وسكت ثم ترك الرجل ذلك المال وانصرف ، صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعة . واما لو قال له صاحب الدكان لا اقبل فلا ينعقد الايداع حينئذ ❋

ومثله ما اذا لم يضعه في الدكان بل وضعه بين يدي رجل فسكت ، كما في الدرر . وهذا مما وجد فيه كل من الايجاب والقبول دلالة . حتى لو ذهب الرجل وتركه حتى ضاع ، ضمن . اما لو قال لا اقبل الوديعة ، لا يضمن وان فرط بحفظها ، لأن الدلالة لم توجد (منح) فتكون عنده امانة غير واجب عليه حفظها ، لعدم التزامه اياه

ونقل في جامع الفصولين عن الذخيرة : ولو قال لا اقبل حتى لم يصر مودعاً وترك الثوب ربه وذهب فرفعه من لم يقبل فأدخله بيته ، ينبغي ان يضمن ، لأنه لما لم

يثبت الايداع صار غاصباً برفعه اه اقول : ومقتضى التعليل انه يضمنه ضمان الغصب لا الوديعة . قال في التكملة معزياً لنور العين : وفيه اشكال ، وهو ان الغصب ازالة يد المالك ، ولم توجد . ورفعه الثوب لقصد النفع لا للضرر ، بل ترك المالك ثوبه ، ايداع ثان ، ورفع من لم يقبل قبول ضمناً ، فالظاهر انه لا يضمن ، والله تعالى اعلم اه .

اقول : وما في نور العين وجيه جداً ، وحيث كان ما في الفصولين بحثاً ايضاً ، فلا يجب التعويل عليه . تأمل .

وفي (٣٣) من جامع الفصولين برمز (فصط) بعث بقرته الى بقار على يد رجل فجاء بها اليه وقال بعثها فلان اليك فقال البقار اذهب بها الى مالكها فاني لا اقبلها فذهب بها فهلكت ، ضمن البقار ، لأنه لما جاء الى البقار انتهى الأمر ، فصار البقار اميناً ، وليس للمودع ان يودع .

اقول: فيه نظر ، اذ لم يقبل . ويمكن ان يجاب بما يفهم مما سيجيء في فتاوي قاضي زهير من رمي الثوب اه .

ثم ذكر بعد نحو كراسين من الفصل المذكور برمز (ذ) ما نصه : جاء بثوب الى غيره وقال له هذا وديعة عندك ولم يقل الآخر شيئاً وسكت ثم غاب رب الثوب ثم غاب الآخر بعده وترك الثوب ، ضمن ، اذ وجد منه القبول عرفاً . ولو وضع الثوب وسكت ولم يقل شيئاً ، ضمن ايضاً . ولو قال لا اقبل الوديعة والمسئلة بحالها ، يبرأ ، اذ القبول عرفاً لم يثبت عند الرد صريحاً .

اقول : دل هذا ان البقار لا يصير مودعاً في بقرة من بعثها مع رجل الى البقار فقال اذهب بها الى مالكها فأني لا اقبلها فذهب بها ، فينبغي ان لا يضمن البقار . وقد مر خلافه في بيان الغصب من هذا الفصل اه .

وقد نقل عن فتاوي القاضي ظهير بعيد مسئلة البقار : وضع ثوباً في دار رجل فرماه رب الدار فأفسده ، ضمنه . وبمثله لو ادخل دابة في دار غيره واخرجها رب الدار ، لم يضمن ، اذ الدابة تضر بالدار فله دفع الضرر بالاخراج . اما الثوب فلا يضرها ، فاخراجه اتلاف . ولو وجد دابة في مربطه فأخرجها ضمن اه .

اقول : والوجه الذي يمكن ان يجاب بما يفهم من هذه المسئلة عن مسئلة البقار

ان ارجاع البقرة مع الرسول نظير اخراج الدابة من مربطه والثوب من داره ، اذ لا ضرر عليه ايضاً في ابقائها مع البقر الذي عنده ، فكان يكفيه في عدم قبول الايداع انها بقيت امانة عنده غير مضمونة الا بالتعدي ولا يلزمه حفظها . ولهذا كان ردها مع الرسول الذي صار اجنبياً وقوله اذهب بها الى مالكها ، تعدياً عليها .
وهو قريب مما في نور العين كما نقله عنه في التكملة ، حيث قال : قوله « فينبغي ان لا يضمن البقار » لا ينبغي ، اذ الرسول لما اتى بها اليه خرج عن حكم الرسالة وصار اجنبياً . فلما قال البقار « ردها على مالكها » صار كانه ردها الى اجنبي او ردها مع اجنبي . فلذا يضمن ، بخلاف مسئلة الثوب اه .

لكن ذكر في التكملة ما نصه ، لكن في النفس شيء من بحث نور العين في مسئلة البقار ، وهو ان البقار لما لم يقبل البقرة لم يصر مودعاً قطعاً والرسول لما ادى الرسالة انتهت يده المأذون بها من المالك ، وصار كل منهما اجنبياً في حق الحفظ ، والبقرة في حكم اللقطة . فاذا امر اجنبي اجنبياً آخر برفع اللقطة وحفظها لربها ، لا يضمن الآمر قطعاً ، فكذا لا يضمن هنا . واما تضمين الرسول ، فلا وجه له ايضاً ، لانه من قبيل رد الضالة لربها ، وهو مأذون عادة اه .

اقول : وفيه ان ما في نور العين ، نضال عن المنقول ، ورد للبحث فيه . وكونه لم يصر مودعاً لما لم يقبل البقرة ، لا ينافي ان البقرة صارت بانتهاء رسالة الرسول امانة عند البقار لا يلزمه حفظها لعدم قبوله الايداع ، فلا يضمنها الا بالتعدي . وبردها مع الاجنبي كان متعدياً ، كما عللوا به المسئلة . واما تنزيل البقرة منزلة اللقطة ، فلا يخفى ما فيه . على ان البحث في المنقول غير مقبول ، والله سبحانه اعلم .

❋ وكذا اذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا ساكتين صار ذلك المال وديعة عند جميعهم . فاذا قاموا واحداً بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحل فبما انه يتعين حينئذ الحفظ على من بقي منهم آخراً يصير المال وديعة عند الاخير فقط ❋

كذا في البحر وغيره ، معزيًا للخلاصة . لكن من غير تقييد بكون الجماعة يرونه .

وعبارة الهندية عن المحيط السرخسي : « لو قام واحد من اهل المجلس وترك كتابه او متاعه ، فالباقون مودعون فيه ، حتى لو تركوا وهلك ضمنوا ، لان الكل حافظون . فإن قام واحد بعد واحد ، فالضمان على آخرهم ، لأنه تعيّن الآخر حافظًا اه »

ولا يخفى انه لا بد من التقييد بكون الجماعة يرون الكتاب او المتاع ويرون صاحبه ايضًا ، كما تراه مقيدًا في هذه المادة ، والا فلا وجود للقبول منهم دلالة حتى يجب عليهم الحفظ . ولهذا نقل في الهندية عن الوجيز للكردري ، اعني البزازية : « وضع في بيته شيئًا بغير أمره فلم يحفظه حتى ضاع ، لا يضمن ، لعدم التزام الحفظ . ولو وضع عند آخر شيئًا وقال احفظه فصاح بأعلى صوته وقال لا احفظه فضاع ، قال في المحيط : لا يضمن لعدم التزامه الحفظ اه قال (ط) وينبغي تقييد هذا الفرع بما لا يقسم . فأنه اذا كان مما يقسم ، يكون القائم اولا مفرطًا بعدم قسمة المودع لحفظ اه .

قلت : ويؤيده انه في الخانية والخلاصة وغيرهما جعلوا موضوع المسئلة في كتاب ، وهو مما لا يقسم . ولذا قال السائحاني ، كما في التكملة : ويظهر لي ان كل ما لا يقسم كالكتاب .

لكن لينظر اذا كان مما يقسم ، هل يكون القائم اولا ضامنًا للكل ، او بمقدار حصته حيث كان المودعون جماعة ؟ ويظهر لي الثاني ، فليراجع .

وقوله « ولو وضع عند آخر شيئًا الخ » هو الموافق لما قدمناه اول شرح الفقرة السابقة ، معزيًا للمنح والبحر ، ومثله في اكثر المعتبرات . لكن ينافيه ما نقله في التكملة عن القنية ، ونصه : « وضع عنده شيئًا وقال له احفظه حتى ارجع فصاح لا احفظه وتركه صاحبه ، صار مودعًا . ويضمن ان ترك حفظه اه لكن انت على علم بأن ما في القنية اذا كان مخالفًا لما ذكر في معتبرات المذهب لا يلتفت اليه ، كما في رد المحتار وغيره .

هذا وذكر في التكملة : اذا قال « ضعه في الجانب من بيتي الا اني لا التزم

حفظه » يصير مودعاً ، لتعارض الصريحين ، فتساقطا فبقي ود يعة عنده اه ولم يعز لاحد ولم اره لغيره ، وفي النفس منه شيء ، لأن قوله « ضعه في الجانب من بيتي » ليس صريحاً في قبول الوديعة ، وانما هو اعارة لذلك الجانب ، فلا يعارض صريح الرد ، فليراجع ·

المادة ٧٧٤ — ✻ لكل من المودع والمستودع فسخ عقد الايداع متى شاء ✻

يعني ان المودع متى شاء اخذ وديعته واذا طلبها من المودع فمنعها بلا عذر يكون متعدياً ، وكذا المودع (بالفتح) متى شاء رد الوديعة لصاحبها · واذا وضعها بين يديه برأ من حفظها وضمانها كما سيأتي ·

المادة ٧٧٥ — ✻ يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة للقبض فلا يصح ايداع الطير في الهواء ✻

ولا الساقط في البحر · وهكذا عبّر بالقابلية لوضع اليد في الدرر والدر والبحر ومجمع الانهر وغيرها · قال ابو السعود : وفيه تسامح ، والمراد اثبات اليد بالفعل ، وبه عبر الزيلعي · ولا يكفي قبول الاثبات ، لان حفظ شيء بدون اثبات اليد عليه محال (حموي تبعاً للشرنبلالية ، وجرى عليه بعضهم) واقول : ليس المراد من جعل القابلية شرطاً ، عدم اشتراط اثبات اليد بالفعل ، بل المراد الاحتراز عن ما لا يقبل ذلك ، بدليل التعليل والتفريع الذين ذكرهما الشارح ، فتدبر اه ·

وعبارة الشارح ، يعني مسكين على الكنز : « وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ، ليتمكن من حفظه اه — اقول · وهذا صريح في ان كل واحد من القابلية ومن اثبات اليد بالفعل ، شرط على حدة · وفيه نظر ، لان اشتراط الثاني يجعل

الاول لغواً ، فانه اذا لم يصح الايداع ما لم تثبت عليه اليد بالفعل، فمن باب اولى ان لا يصح مع عدم القابلية . ويظهر لي ان شرط صحة عقد الايداع هو القابلية فقط . حتى لو تعاقدا الايداع على الطير في الهواء ثم وجده المودع (بفتح الدال) لا يكون مودعاً . فلو تركه ولم يمسكه حتى هلك ، لا يضمنه . ولو امسكه ، يكون لقطة فيجب عليه الاشهاد وردّه الى مالكه متى وجده . واما اثبات يده بالفعل ، فليس بشرط لصحته ، اذ لا شك لو عقد الايداع ، والوديعة في يد المودع بكسر الدال او بيته او دكانه ، صح العقد وانما لا يثبت حكمها ، وهو وجوب الحفظ على المودَع (بالفتح) الاّ بعد اثبات يده عليها فمن اراد ذكر شرط صحة عقد الايداع كالدرر والبحر وغيرهما ، اشترط القابلية . ومن اراد ذكر شرط ثبوت حكم الوديعة ، وهو وجوب الحفظ كالزيلعي ، اشترط اثبات اليد عليه بالفعل .

واعلم ان من اثبات اليد عليه بالفعل ما لو وضع الوديعة بين يدي المودع او في موضع من خانه او حمامه ، بعد الاشارة الى المودع (بالكسر) ان ضعه هناك ، لا كما زعمه في تكملة رد المحتار . وبما ذكرنا تجتمع كلمتهم المتفرقة ، فتدبره .

المادة ٧٧٦ — ✵يشترط كون المودع والمستودع عاقلين مميزين .

اما كونهما بالغين فليس بشرط . فلا يصح ايداع المجنون والصبي غير المميز ولا قبولهما الوديعة . واما الصبي المميز المأذون فيصح ايداعه وقبوله الوديعة✵

عبارة التنوير مع شرحه الدر . هكذا : « وكون المودع مكلفاً ، شرطه لوجوب الحفظ عليه . فلو أودع صبياً فاستهلكها ، لم يضمن اه» ومثله في مجمع الانهر والبحر وشرح مسكين على الكنز وحاشية الشلبي عن الكافي وغيرها .

وعبارة الهندية : « ومن شرائط الوديعة عقل المودَع ، فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل . واما بلوغه ، فليس بشرط عندنا ، حتى يصح

الايداع من الصبي المأذون . واما الصبي المحجور عليه فليس يصح قبول الوديعة منه اه مختصراً .

وعبارة الجوهرة : ومن اودع صبياً وديعة فهلكت في يده ، لا ضمان عليه بالاجماع . فإن استهلكها ، ان كان مأذوناً له في التجارة ، ضمنها اجماعاً . وان كان محجوراً عليه ، ان قبضها بأذن وليه ، ضمن ايضاً اجماعاً . وان قبضها بغير اذن وليه ، لا ضمان عليه عندهما ، لا في الحال ولا بعد الادراك . وقال ابو يوسف يضمن في الحال اه .

والحاصل اني لم ارَ احداً ذكر اشتراط كون المودع (بكسر الدال) عاقلا مميزاً . وانظر ماذا يترتب على اشتراط عقل المودع ، هل كون المودع غاصباً فيضمن بالهلاك بلا تقصير في الحفظ ، او كونه ملتقطاً فيلزمه الاشهاد والرد الى الولي (يراجع) فاني لم اره الآن .

وفي التكملة عن الرملي : ويستثنى من ايداع الصبي ما اذا اودع صبي محجور مثله وهي ملك غيرهما ، فللمالك تضمين الدافع والآخذ . (كذا في الفوائد الزينيّة) واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال ، لأنه محجور عليه في الاقوال دون الافعال . اه ملخصاً .

= الفصل الثاني =

﴿ في احكام الوديعة وضمانها ﴾

المادة ٧٧٧ ـ ﴿ الوديعة امانة في يد الوديع فاذا هلكت بلا تعدٍ من المستودَع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان . فقط اذا كان الايداع بأجرة فهلكت او ضاعت بسبب يمكن التحرز عنه لزم المستودع ضمانها . مثلاً لو وقعت الساعة المودعة من يد الوديع

بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان · اما لو وطئت الساعة بالرجل او وقع عليها من اليد شيء فانكسرت لزم الضمان · كذلك اذا اودع رجل ماله عند آخر واعطاه اجرة على حفظه فضاع المال بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة يلزم المستودع الضمان ❋

اما لزوم الضمان فيما لو وطأ الساعة برجله ، فلأن الهلاك كان بصنعه الذي هو غير مأذون به · حتى لو كان مأذوناً به ، كما لو تخرق الثوب من دق القصار ، لا يضمن ·

واما لزومه فيما لو وقع عليها من يده شيء فانكسرت ، فلتقصيره في الحفظ ·

واما لزومه فيما اذا كان الوديع مستأجراً لحفظ الوديعة ، فلأن الحفظ حينئذ مستحق عليه = الا اذا كان الهلاك بسبب لا يمكن التحرز عنه ، كموت الدابة حتف انفها ، وكالحريق الغالب والغرق واللصوص المكابرين · ولهذا قال صدر الشريعة في شرح النقاية : اذا سرق من الاجير المشترك ، والحال انه لم يقصر في الحفظ ، يضمن عندهما ، كما في الوديعة التي تكون بأجر · فان الحفظ مستحق عليه · وابو حنيفة يقول اجرة الاجير المشترك في مقابلة العمل دون الحفظ ، فصار كالوديعة بلا اجر اه = افاد ان الوديعة بأجر مضمونة اتفاقاً ، وبلا اجر غير مضمونة اتفاقاً ·

وفي هامش الانقروية من كتاب الوديعة : وجه الضمان على المودع بأجر ان الحفظ مستحق عليه مقصوداً اذ العقد عقد الحفظ والاجر في مقابلة الحفظ والمتاع في يد الاجير المشترك · كذلك عندهما ، يعني ان المعقود عليه هو الحفظ اه وقد مر بيان هذه المسائل في شرح المادة (٦١٠) و (٦١١)

المادة ٧٧٨ = اذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة فتلفت لزم الخادم الضمان ❋

لما في الانقروية عن جامع الفصولين : اتلفهامن في عيال المودع ، ضمن المتلف صغيراً او كبيراً او قناً ، لا المودع اه ٠

اما لو سقطت الوديعة من يد الخادم بلا صنعه ، فلا ضمان عَلَى احد ، لعدم التقصير في الحفظ ٠

اما لو دفعها المودع لاجنبي فسقطت من يده ، ففي الانقروية ايضاً عن الذخيرة : وليس للمودع ان يدفع الوديعة الى اجنبي ٠ ولو دفعها فهلكت في يد الثاني قبل ان يفارق الاول ، فلا ضمان على واحد منها بلا خلاف ٠ وان هلكت بعد المفارقة ، فالاول ضامن بلا خلاف ٠ اما الثاني فعلى قول ابي حنيفة لا يضمن ، وعلى قولهما يضمن ٠

وهذا اذا كان الدفع الى اجنبي بلا عذر ٠ فلو كان بعذر ، لا ضمان على المودع عندنا ، حتى اذا احترق بيت المودع واخرجها مع متاعه ووضعها في منزل جاره ، فلا ضمان استحساناً اه ٠

المادة ٧٧٩ = ❋ فعل ما لا يرضى به المودع في حق الوديعة تعد من الفاعل ❋

قد افادت هذه المادة ان التعدّي على الوديعة عبارة عن فعل من المودع سوى التقصير في الحفظ ، كلبس ثوب الوديعة وركوب دابتها ، وهو الموافق لما نقله في الانقروية عن العتابية ، حيث قال : المتعدّي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع اه ٠

وقد يطلقونه ويريدون منه ترك الحفظ الملتزم والقصور فيه ، كقول مختارات النوازل على ما نقله في الانقروية : التعدّي شرط الضمان ، كالحمامي اذا نام اوغاب فسرق منه الثوب ، يضمن اه (افاده الانقروي في منهوّاته)

المادة ٧٨٠ = ❋ الوديعة يحفظها المستودع بنفسه او يستحفظها

امينه كمال نفسه . فاذا هلكت في يده او عند امينه بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ولا على امينه ✻

المراد بأمينه من يأمنه المودع على حفظ مال نفسه – اعم من ان يكون في عياله اولاً ، فيشمل وكيله وشريكه مفاوضة او عناناً او مضاربة ، ومن اودعه مال نفسه وان لم يكونوا من عياله . وهذا قول محمد رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى ، كما في الدر عن ابن ملك .

قال في الانقروية ، معزياً للاصلاح والايضاح : ولو حفظها ، اي الوديعة ، بنفسه اوامينه ولم يقل وعياله ، اي بدل قوله اوامينه ، لان الدفع الى العيال انما يجوز بشرط تحقق الامانة ، وعند تحققها لا حاجة الى كونه عيالا . قال في الذخيرة : ولو دفعها الى امين من امنائه وليس في عياله ، يجوز وعليه الفتوى اه ومثله في تكملة رد المحتار عن ابن الكمال .

وفيها ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله ، او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله ، لا يضمن ، لأنه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ، فلا يجب عليه اكثر من ذلك . (ذكره في النهاية) ثم قال : وعليه الفتوي ، وعزاه الى التمرتاشي ، وهو الى الحلواني . ثم قال : ولهذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة العيال ، فقال : ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله . وذكر فيه اشياء ، حتى ذكر ان له ان يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون الذي في يده ماله . وبهذا يعلم ان العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة اه

وعلى هذا فما سيأتي في المادة (٧٩٠) تبعاً لعامة المتون من انه ليس للمستودع ايداع الوديعة عند آخر ، مقيد بما اذا كان ذلك الآخر ليس من امناء المودع ، كوكيله ومودعه على ماله وشريكه عناناً او مفاوضة او مضاربة . والا ، فإنه قد حفظ الوديعة بما حفظ به مال نفسه . لكن ظاهر المتون انه يشترط فيمن يستحفظه المودع ان يكون في عياله . وعليه فيضمن اذا دفعها لمن لم يكن من

عياله، وان كان من امنائه الذين يحفظ بهم ماله . وقد علمت ان الأول ، وهو قول محمد ، عليه الفتوى . ولذا مشت عليه المجلة .

ثم ان المراد بالعيال من يسكن معه حقيقة او حكماً ، لا من يمونه . فلو دفعها لولده المميز بشرط ان يكون قادراً على الحفظ ، او زوجته ولا يسكن معها ولا ينفق عليها ، لا يضمن ، لأنهما ساكنان معه حكماً . وكذا لو دفعتها المرأة لزوجها ، لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة .

قال الطحطاوي في حواشي الدرر : فعلى هذا التفسير ينبغي ان لا يضمن بالدفع الى اجنبي يسكن معه (ذكره حفيد السعد في حواشي صدر الشريعة) ويؤيده ما في الولوالجية : رجل آجر بيتاً من داره انساناً ودفع الوديعة الى هذا المستأجر : ان كان لكل واحد منهما غلق على حدة ، يضمن ، لأنه ليس في عياله ولا بمنزلة من في عياله . وان لم يكن لكل منهما غلق على حدة وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة ، لا يضمن ، لانه بمنزلة من في عياله اه .

وفي الخلاصة : مودع غاب عن بيته ودفع مفتاحه الى غيره فلما رجع الى بيته لم يجد الوديعة ، لا يضمن . وبدفع المفتاح الى غيره لم يجعل البيت في يد غيره اه

ويشترط فيه ان يكون اميناً اي لا يعلم منه خيانة . فيضمن لو دفعها لمن في عياله وقد علم منه خيانة ، لا اذا علم امانته او لم يعلم حاله اصلاً .

وجاز لمن في عياله ان يدفعها لمن في عيال نفسه ولمن في عيال المودع (بالفتح) صرح بالاول الشرنبلالي وبالثاني المقدسي .

واما الابوان ، فقيل انهما كالاجانب ، فيضمن بالدفع اليهما ، الا اذا كانا في عياله . وقيل لا يشترط كونهما في عياله ، وبه يفتى . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه .

وفي الهندية : ولو دفعها الى ولده الكبير ، ان كان ساكناً معه ، لا يضمن ، والا ضمن اه .

وفي مجمع الانهر : لا يضمن بدفعها لاجيره الخاص الذي استأجره مسانهة او مشاهرة ، بشرط ان يكون طعامه وكسوته عليه اه — اقول : وهذا مشكل اذا كان الاجير غير مساكن له ، لما علمت ان العبرة للمساكنة لا للنفقة ، الا ان يقال

مساكن له حكماً ، وفي النفس منه شيء

ثم بعد مدة رأيت في الخانية ما نصه : وله ان يدفع الى اجيره الخاص وهو الذي استأجره مشاهرة او مسانهة ليسكن معه اه وهو عين ما قلته ولله الحمد ، فليتأمل .

وفي جامع الفصولين : وللمودع ان يدعها عند من يعول المودع (بالكسر) والمودع لو دفعها الى من في عيال ربها ، قيل يضمن ، وقيل لا اه .

قال محشيه الرملي : اقول : الفرق بينه وبين الاول على القول بالضمان ان المودع بالكسر اذا كان في عيال شخص ، فهو وما في يده في يد ذلك الشخص بخلاف الدفع الى شخص هو في عيال المودع ، لعدم ذلك . تأمل .

المادة ٧٨١ — ﴿ للمستودع ان يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه ماله ﴾

تضمنت هذه المادة بيان الحرز الذي تحفظ فيه الوديعة ، بعد ان بينت المادة السابقة اليد التي تحفظ الوديعة .

والحرز الذي يجب على المودع ان يحفظها فيه هو داره ومنزله وحانوته سواء كان ملكا او اجارة او عارية (مح)

قال الرملي ، كما في التكملة ، ان لفظ الحرز مشعر باشتراط كونه حصيناً . حتى لو لم يكن كذلك بحيث يعد الوضع فيه تضييعاً ، يضمن ذلك ، كالدار التي ليس لها حيطان ، ولا لبيوتها ابواب . وقد سئلت عن خياطة في دار بهذه الصفة خرجت منها هي وزوجها ليلا لعرس جارتها فسرقت اثواب الناس منها ، فأفتيت بالضمان والحالة هذه ، لأن مثل ذلك يعد تضييعاً . تأمل اه .

قلت : ذكر في جامع الفصولين : خرج المودع وترك الباب مفتوحاً ، ضمن لو لم يكن في الدار احد ولم يكن المودع في مكان يسمع حس الداخل (عده) دفع خفه الى خفاف ليصلحه وتركه في دكانه ليلاً فسرق برأ لو كان في

الدكان حافظ او في السوق حارس ، والا ضمن (ذ)

وكان (ظ) يفتي بالبراءة مطلقاً . وقيل يعتبر العرف لو كان العرف ان يتركوا الاشياء في الحوانيت بلا حارس ولا حافظ ، يبرأ ، لا لو كان العرف بخلافه .

وكذا لو ترك باب الدار والحانوت مفتوحاً . فلو كان عرفهم كذلك ، يبرأ

ولو علق شبكة او نحوها على باب الدكان وذهب ، ففي اليوم ليس بتضييع ببخارى ، وفي الليل تضييع . وفي خوارزم في اليوم والليل ليس بتضييع .

والرواية محفوظة فيما اذا ترك الحائك ثوباً نسج بعضه والغزل في بيت الطراز ولا يكن ثمة حافظ ولا حارس في السوق ، يبرأ .

والمودع لو ربط سلسلة باب قيطونه بحبل ولم يقفله ، يعتبر العرف كما مر .
والقيطون بيت يوضع فيه الامتعة .

ربط الدابة على باب داره ودخل الدار ، لو بحيث يراها برأ . ولو بحيث لم يرها ، يضمن في المصر وان كان في القرى لا يضمن . وان ربطها في الكرم او على رأس المبطخة وذهب ، قيل لو غاب عن بصره ، ضمن . وقيل يعتبر العرف في هذا واجناسه (عده)

لو جعلها في الكرم ، فان كان حايط الكرم بحيث لا يري المارة من في الكرم ، لا يضمن اذا اغلق الباب ، والا ضمن (قط)

سوقي قام من دكانه الى صلاة وفيه الودايع ، لا يضمن ، لانه غير مضيع اذ جيرانه يحفظونه . ليس هذا ايداع المودع الى غيره ليقال ليس للمودع ان يودع ، لكن هذا مودع لم يضيع (ذ)

ذكر (حش) ما يدل على الضمان ، فيتأمل عند الفتوى (فض)

خرج الى الجمعة وترك باب حانوته مفتوحاً واجلس بباب الدكان ابناً صغيراً له ، لو كان الصبي يعقل الحفظ ، برأ ، والا ضمن .

وفي (فقظ) برأ على كل حال ، اذ تركها في الحرز فلم يضيع (اه ما في جامع الفصولين)

وجزم بهذا في تنقيح الحامدية حيث قال : الذي يظهر لي في مسألة الحانوت عدم الضمان سواء اجلس صبياً او لا ، حيث جرى عرف اهل السوق ، لانه غير

مودع قصداً ، بل تركها في حرزها مع ماله ، فقد حفظها بما يحفظ به ماله اه ٠

المادة ٧٨٢ — ﴿ يلزم حفظ الوديعة في حرز مثلها فوضع مثل النقود والمجوهرات في اصطبل الدواب او التبن تقصير في الحفظ وبهذه الحال اذا ضاعت الوديعة او هلكت لزم الضمان ﴾

هذا ما جزم به العلامة بن عابدين في رد المحتار وتنقيح الحامدية ٠ حتى انه اجاب عن رجل اودع عنده رجلٌ صرةً من الشال غالية الثمن فوضعها المودع في اصطبل داره فسرقت من الاصطبل، بأنه يضمنها ، مستدلاً بما في البزازية والخلاصة وجامع الفصولين وغيرها : لو قال وضعتها بين يديَّ وقمت ونسيتها فضاعت، يضمن . ولو قال وضعتها بين يدي في داري والمسألة بحالها ، إنْ مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرّة النقدين ، يضمن . ولو كانت مما يعد عرصتها حصناً له ، لا يضمن اه = فإن ظاهره انه يجب حفظ كل شيءٍ في حرز مثله ٠

ثم ذكر ان ما ذكره العلائي في الدر من كتاب السرقة :من ان ظاهر المذهب ان كل ما كان حرزاً لنوع، فهو حرز لكل الانواع فيقطع بسرقة لؤلؤة من اصطبل اه ، فالظاهر انه خاص في حرز السرقة دون الوديعة ، لأن المعتبر في قطع السارق هتك الحرز ، وذلك لا يتفاوت باعتبار الحرزات ٠ والمعتبر في ضمان المودع التعدي والتقصير في الحفظ ، ومعلوم ان وضع الوديعة فيما لا يوضع فيه امثالها، تقصير في الحفظ ، كما هو صريح عبارة البزازية المارة وغيرها ٠ فالمراد بالحرز في الوديعة حرز كل شيءٍ بحسبه ، وان كان المراد به في السرقة خلافه اه ملخصاً.

المادة ٧٨٣ — ﴿ اذا كان المستودع جماعة متعددين فان لم تكن الوديعة قابلة للقسمة ، يحفظها احدهم بأذن الباقين او يحفظونها مناوبة ٠ وبهاتين الصورتين ان هلكت الوديعة بلا تعدٍ ولا تقصير ، فلا ضمان

على احد منهم ✽

لانه لما اودعهم مع علمه بأنهم لا يجتمعون على حفظها دائماً ، كان راضياً بحفظ احدهم منفرداً .

قال الطحطاوي : وفسر ما يقسم بالمكيلات والموزونات ، ومثلها كل ما لا يتعيب بالتقسيم . وما لا يقسم ، هو ما يتعيب بالتقسيم الحسي .

وقال السيد الحموي : واذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم ، كان لهما التهايؤ في الحفظ (كذا في الخلاصة) فلو دفعه زائداً على زمن التهايؤ ، ينظر اه .

اقول : وعبارة الهندية عن شرح الطحاوي : ولو كان المودع اثنين والوديعة مما يحتمل القسمة ، كان لهما ان يقتسماها للحفظ ، حتى يصير في يد كل واحد منهما النصف . ولو سلم احدهما جميع الوديعة الى صاحبه فضاعت ، ضمن المسلم نصف الوديعة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولا يضمن القابض شيئاً . وعندهم لا يضمن . ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة ، فأنهما يتهايآن في الحفظ ، ولا يضمن كل واحد منهما بالتسليم الى صاحبه ، بالاجماع . اه .

فأطلاقه يفيد عدم ضمان المسلم ، وان كان التسليم بعد التهايؤ في الحفظ زائداً على زمن التهايؤ . ويؤيده التعليل السابق بأنه اذا كانت الوديعة مما لا يقسم ، يكون المودع راضياً بحفظ احدهم الكل منفرداً . فليتدبر .

✽ وان كانت الوديعة قابلة للقسمة يقسمها المستودعون بينهم بالسوية وكل منهم يحفظ حصته منها . وبهذه الصورة ليس لاحدهم ان يسلم حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع . واذا سلمها فهلكت في يد المستودع الآخر بلا تعدٍ ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان بل يلزم الذي سلمه اياها ضمان حصته منها ✽

يعني لا يلزم الضمان للمستودع الآخر الذي استلم الوديعة ، لانه مودع المودع

وهو لا يضمن . وانما يضمن المسلم للوديعة لتعدّيه بالدفع .

وانت تعلم ان هذا اذا لم يكن المستلم من امناء المسلم . والا . فلا ضمان على احد ، وهو ظاهر .

وهذا الحكم جارٍ ايضاً في المرتهنين والمستبضعين والوصيين وعدلي الرهن ووكيلي الشراء ، فأنه اذا سلم احدهما للاخر ما يمكن قسمته بغير اذن المالك، يضمن حصته كما في الدر . قال في مجمع الانهر : لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل التجزأ ، تناول البعض لا الكل . فاذا سلم احدهما الكل الى الآخر ولم يرض المالك به ، يضمن اه .

المادة ٧٨٤ — ﴿الشرط الواقع في عقد الايداع اذا كان ممكن الاجراء ومفيداً يكون معتبراً والاّ فهو لغو . مثلا اذا كان قد شرط وقت العقد ان يحفظ المستودع الوديعة في داره فنقل المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق في داره لا يعتبر ذلك الشرط وبهذه الصورة اذا نقلها فهلكت بلا تعدٍ ولا تقصير لا يضمن﴾

قال في جامع الفصولين : المودع (بالكسر) لو شرط شرطا على المودع (بالفتح) فترك ، فأن كان شرطاً مفيداً من كل وجه ، يتقيد به ، سواء أكد بالنهي او لا . فلو حفظها في غير دار عيّنها ، قيل ضمن، ولو احرز، وقيل لا، لو احرز ، وقيل لا ، لو سواء او احرز ، ولو اكد بالنهي . وقيل ضمن، لو لم يحتج الى وضعها في دار اخرى ، لا لو احتاج ، اذ التعيين يلغو حينئذٍ ، اذ لا يطلب حفظ ماله بطريق لا يقدر عليه اه

والظاهر من التمثيل المذكور في هذه المادة ان المجلّة قد اختارت القول الاخير ، وهو الضمان مطلقاً ، اذ حفظها في غير دار عيّنها المودع ، الاّ اذا احتاج الى وضعها في دار اخرى ، لنحو حريق وقع في الدار التي عينها . وهذا هو المراد بقوله «اذا كان ممكن الاجراء» يعني ان حفظ الوديعة في الدار التي وقع فيها الحريق مع بقائها

فيها غير ممكن الاجراء ، فيلغو التقييد حينئذٍ ، هذا اذا عين للدار . اما لو عين بيتاً من دار لحفظ في بيت آخر منها ، فسيأتي في الفقرة الثالثة من هذه المادة .

❋ و كذا اذا امر المودع المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن ان يسلم لزوجته او ابنه او خادمه او لمن يأمنه على حفظ مال نفسه . فاذا كان ثمة امر مجبر على تسليم الوديعة لاحد هؤلاء كان ذلك النهي غير معتبر . وبهذه الصورة ايضاً اذا هلكت الوديعة بلا تعدٍ ولاتقصير لا يلزم الضمان . واذا سلمها بلا مجبورية فهلكت لزمه الضمان ❋

هذه المسئلة على وجهين : الاول ان ينهاه عن الدفع الى احد ما من عياله . فإن كانت الوديعة شيئاً خفيفاً يمكن المودع استصحابه بنفسه كالخاتم فدفعها الى احد منهم ، ضمن ، كما في البحر . واذا كان له بيت حصين ليس فيه عياله فدفعها ، يضمن ، كما في جامع الفصولين ، اذ قد امكن مراعاة الشرط ، فيعتبر . والا فلا يضمن ، اذ لا بد له من الدفع اليهم ، فكان الحفظ مع مراعاة الشرط ، غير ممكن اجراؤه ، فيلغوا الشرط .

قال ابو السعود : وينبغي ان يقيد عدم الضمان بالدفع الى الزوجة ، بما اذا كانت الوديعة نحو عقد جوهر . فلو كانت نحو فرس ، ضمن اه الثاني : ان ينهاه عن الدفع الى بعض معين ، كزوجته فلانة ، او خادمه فلان . فان كان له بد من الدفع اليه بأن كان له زوجة اخرى او كان له خادم آخر ، يضمن ، لامكان الحفظ مع مراعاة الشرط . والا ، فلا يضمن لما تقدم من عدم امكان الحفظ مع مراعاة الشرط .

قال الزيلعي : ومحل عدم الضمان اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه ، مثل ان تكون الوديعة فرساً فيمنعه من التسليم الى غلامه ، او يكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى زوجته . اما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه ، كما اذا كانت فرساً فنهاه عن الدفع الى امرأته ، او كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى خادمه ، فيضمن بالمخالفة ، اى مطلقاً ، لان التقييد مفيد فى مثله (ذكره الزيلعي وغيره)

قلت : وهذا مؤيد لما بحثه ابو السعود كما قدمناه عنه فيما اذا نهاه عن الدفع لاحد من عياله

❋ كذلك اذا شرط ان تحفظ في حجرة معينة فحفظها المستودع في حجرة غيرها فان كانت حجر تلك الدار متساوية في الحفظ لا يكون ذلك الشرط معتبراً · وحينئذ اذا هلكت الوديعة فلا ضمان · واما اذا كان بين الحجر تفاوت كأن كانت احدى الحجر بنيت بالاحجار والاخرى بالاخشاب يعتبر الشرط ويكون المستودع مجبوراً على حفظها في الحجرة التي تعينت وقت العقد · واذا وضعها في حجرة دون تلك الحجرة في الحفظ فهلكت يصير ضامناً ❋

قال في جامع الفصولين : ولو شرط شرطاً يفيد من وجه لا من وجه ، تقيد به لو اكد بالنهي ، والا لا · فلو عين بيتاً من دار فحفظ في بيت آخر منها ، قيل لو اكد بالنهي كقوله لا تحفظ الا في هذا البيت ، ضمن ، لا لو لم يؤكد. وقيل لا ، لو احرز او سواء ، ولو اكد · وقيل لا مطلقاً ، اذ البيتان في دار واحد فلا يتفاوتان في الحرز اه ·

فقد اختارت المجلة القول الثاني من الاقوال الثلاثة المذكورات ، لأنه الاستحسان ، كما في الهندية ، ففيها : وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من تلك الدار ، لم يضمن · وهذا استحسان ، والقياس ان يضمن · وكذلك لو اكد الشرط بالنهي بأن قال ضعه في هذا البيت ولا تضعه في هذا الآخر والبيتان في دار واحدة ، فهو على ما قدمنا من القياس والاستحسان ·

قال في الينابيع : وهذا اذا لم يكن البيت الذي حفظها فيه انقص حرزاً من البيت الذي امره بالحفظ فيه · اما لو كان البيت الذي حفظها انقص حرزاً من الاول ، ضمن اه ·

ولو شرط شرطاً لا يفيد اصلا ، لغا ، اكد اولا ، كتعيين صندوق

في بيت (فصولين)

اقول : من الودايع ما يكون حفظه في الصندوق احرز من البيت ، فينبغي ان يضمن لو خالف .

وفي الهندية : ولو قال احفظها في هـذه البلدة ولا تحفظها في بلدة اخرى فحفظها في البلدة المنهية ، ضمن بالاتفاق . ولو قال احفظها في صندوقك هـذا ولا تحفظها في هذا الصندوق الآخر في ذلك البيت فحفظها في المنهي ، لا يضمن بالاتفاق . والأصل المحفوظ في هذا الباب ، ما ذكرنا ، ان كل شرط تمكن مراعاته ويفيد ، فهو معتبر . وكل شرط لا تمكن مراعاته ولا يفيد ، فهو هدر . كذا في البدائع اه وبما تقدم عن الفصولين نعلم الفرق بين مسئلة الدار ومسئلة البيت منها

وفيه ايضاً : ولو قال ضعه في كيسك فوضعه في صندوقه ، لم يضمن — او لا تضع في الحانوت فانه مخوف فوضعها فيه ، لم يضمن لو لم يكن له موضع احرز منه ، والا ضمن لو كان قادراً على الحمل اه ولم يذكر هنا حكم السفر بالوديعة .

وفي الهندية : اذا لم يعين مكان الحفظ او لم ينهه عن الاخراج نصاً ، بل امره بالحفظ مطلقاً فسافر بها ، فان كان الطريق مخوفاً فهلكت ، ضمن بالاجماع . وان كان آمناً ولا حمل لها ولا مؤنة ، لا يضمن بالاجماع . وان كان لها حمل ومؤنة . فان كان المودع مضطراً في المسافرة بها ، لا يضمن بالاجماع . وان كان له بد من المسافرة بها ، فلا ضمان عليه ، قربت المسافة فيه او بعدت . وعلى قول ابي يوسف ان بعدت يضمن ، وان قربت لا ، هذا هو المخلص والمختار .

وهذا كله اذا لم ينه عنها ولم يعين مكان الحفظ نصاً . وان نهاه نصاً او عين مكانه فسافر بها وله منه بد ، ضمن . وان امكنه حفظ الوديعة في المصر الذي امر بالحفظ فيها مع السفر بأن يترك عبداً له في المصر المأمور به ، او بعض من في عياله ، فاذا سافر بها والحالة هذه ، ضمن . وان لم يمكنه ذلك بأن لم يكن له عيال ، او كان الا انه احتاج الى نقل العيال فسافر ، لا ضمان .

الوديعة لو كانت طعاماً كثيراً فسافر بها فهلك ، يضمن استحساناً . واجمعوا على انه لو سافر بالوديعة في البحر ، يضمن اه وعلله في البحر بأن الغالب فيه العطب اه وعليه فالسفر في زماننا بحراً في السفن البخارية لا يضمن به ، لان السلامة

غالبة، والعلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً وتمامه في التكملة والهندية وجامع الفصولين

المادة ٧٨٥ – ✻ اذا كان صاحب الوديعة غايباً غيبة منقطعة بحيث لم يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها او حياته . وانما اذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث يبيعها المستودع بأذن الحاكم ويحفظ ثمنها امانة عنده لكن اذا لم يبعها ففسدت بالمكث لا يضمن ✻

ومثله ما اذا استودع عنده ما يقع فيه السوس في زمان الصيف فلم يبردها في الهواء حتى وقع فيها السوس وفسد ، فانه لا يضمن ، كما في الهندية عن الظهيرية وكذا لو كانت مثل الصوف فترك نشره حتى عث ، لم يضمن كما في الدر .

قال في الهندية : وفي فتاوي ابي الليث : اذا كانت الوديعة شيئاً يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غايب ، فان رفع الامر الى القاضي حتى يبيعه جاز ، وهو الاولى . وان لم يرفع حتى فسدت ، لا ضمان عليه ، لانه حفظ الوديعة على ما امر به اه .

وكون الغيبة منقطعة تنصيص على المتوهم ، لأن حفظها الى ان يحضر صاحبها فيما اذا كانت غيبته غير منقطعة ، من باب اولى كما لا يخفى . ويمكن ان يكون التقييد لافادة ان الوديعة ليست كاللقطة من انه يتصدق بها . وكذا بيعها باذن الحاكم وحفظ ثمنها لا يتوقف على كون الغيبة منقطعة ، بل على خوف الفساد ولو انتظر حضوره ، كما يعلم من اطلاق ابي الليث الغيبة . واحترز بقوله « ففسدت بالمكث » عما اذا كان الفساد بسبب حريق وقع في دار المودع ، فانه يضمن لو تركها ولم ينقلها الى محل آخر مع القدرة على ذلك حتى احترقت ، كما سيأتي في المادة (٧٨٧) – وعما اذا افسدتها الفأرة ، ففي الهندية : الوديعة اذا افسدتها الفأرة ، ان اخبر صاحبها ان ههنا نقب الفأر ، لا ضمان عليه . وان لم يخبر بعد ما

اطلع عليه ولم يسده ، يضمن كذا في العمادية اه ·

وفي آخر كتاب الوديعة من الدر وحواشيه ما ملخصه انه لا يلزم الضمان في ترك نشر الصوف في الصيف حتى عث واما في اتلاف الفأرة فلا ينتفي عنه الضمان الا بسد الثقب او باعلام المودع به ، وان لم يسده لأن المالك حينئذ رضي بوضعها فيه على هذه الحالة وذكر ايضاً انه لو سده مرة ففتحه الفأر وافسده لم يذكر حكمه وينبغي ان يكون فيه التفصيل المذكور ، يعني ان علم بالفتح قبل الافساد ، فعليه ان يسده ثانياً ، او يعلم صاحب الوديعة والا ضمن وارتضاه عبد البر واقره الشرنبلالي اه ·

اقول والظاهر ان الفرق بين ثقب الفأر حيث وجب عليه السد او الاعلام به و بين العث حيث لم يجب عليه النشر ولا الأعلام به ، ان الفساد في مسئلة الفأرة قد حصل بسبب خلل في حرز الوديعة ، فعد مفرطاً في الحفظ اذا لم يسد او يعلم صاحبها بخلاف العث والسوس وهذا لانه حفظها على ما امر به فليتدبر

· المادة ٧٨٦ — ✱ الوديعة التي تحتاج الى النفقة كالخيل والبقر نفقتها على صاحبها واذا كان صاحبها غائباً يرفع المستودع الأمر الى الحاكم والحاكم حينئذ يأمر باجراء الأنفع والاصلح في حق صاحب الوديعة فان كان يمكن ايجار الوديعة يؤجرها المستودع برأي الحاكم و ينفق عليها من اجرتها او يبيعها بثمن مثلها واذا لم يمكن ايجارها يبيعها فوراً بثمن المثل او ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة ايام ثم يبيعها بثمن مثلها ثم يطلب نفقة تلك الايام الثلاثة من صاحبها واذا انفق عليها بدون اذن الحاكم فليس له مطالبة صاحبها بما انفقه عليها ✱

لأنه متبرع فيما انفقه كما في الدرر والحاصل انه اذا امكن ايجارها والانفاق

عليها من اجرتها فالحاكم مخير بين ان يأمره بذلك او بالبيع وحفظ الثمن . وان كانت ليست مما يوجر ، فهو مخير ايضاً بين ان يأمره بالبيع فوراً بثمن المثل ، وبين ان يأمره بالانفاق عليها يومين او ثلاثة ، ليرجع على صاحبها اذا حضر عند رجاء حضوره ، ثم يأمره بالبيع بعد ذلك .

وعبارة الهندية عن المحيط ، هكذا : وان رفع الأمر الى القاضي ، سأله القاضي البينة على كون العين وديعة عنده ، وعلى كون المالك غائباً . فاذا اقام البينة على ذلك ، ان كانت الوديعة شيئاً يمكن ان يوجر وينفق عليه من غلتها امره القاضي بذلك . وان كانت الوديعة شيئاً لا يمكن ان يوجر ، فالقاضي يأمره بالانفاق عليها من ماله يوماً او يومين او ثلاثة ، رجاء ان يحضر المالك . ولا يأمره بالانفاق زيادة على ذلك ، بل يأمره بالبيع وامساك الثمن .

والحاصل ان القاضي يفعل بالوديعة ما هو الاصلح والانظر في حق صاحبها وان كان القاضي امره بالبيع في اول الوهلة ، كان جايزاً ، وما انفق المودع على الوديعة بأمر القاضي فهو دين على صاحبها يرجع به عليه اذا حضر ، غير ان في الدابة يرجع بقدر قيمة الدابة لا بزيادة على ذلك ، وفي العبد يرجع بالزيادة على قيمته اه .

اقول : وفي النفس من هذا شيء ، وهو انه عند امكان ايجارها فالنفقة من غلتها ، فلا رجوع بشيء . وعند عدمه ، فانما ينفق عليها يومين او ثلاثة . وذلك لا يستغرق قيمتها فضلا عن ان يزيد .

ويمكن ان يجاب بأن ذاك فيما لا يمكن ايجاره ولا وجد من يشتريه بثمن المثل ، وقد امره القاضي بالانفاق عليه من ماله ليرجع على صاحبه اذا حضر ، فتدبر .

وما نقله هنا في تكملة رد المحتار ، وكذا في مرآة المجلة عن التتارخانية ، فيه سقط مخل ، فليتنبه له .

المادة ٧٨٧ — ﴿اذا هلكت الوديعة اونقصت قيمتها بسبب تعدى

المستودع او تقصيره لزمه الضمان . مثلاً اذا صرف المستودع نقود الوديعة في امور نفسه واستهلكها ضمنها . وبهذه الصورة اذا صرف النقود التي هي امانة عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود في الكيس المعد لها فهلكت او ضاعت بدون تعد ولا تقصير منه ضمن . وكذا لو ركب دابة الوديعة بدون اذن المودع فهلكت وهو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعة السير فوق الوجه المعتاد، او بسبب آخر او بلا سبب وكذا يضمنها اذا سرقت . وكذا اذا وقع حريق ولم ينقل الوديعة الى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحترقت ضمنها *

هذه المادة اشتملت على ثلاث مسائل : الاولى ان يستهلك المستودع الوديعة ، فانه يضمنها وان وضع بدلها مكانها = حتى لو هلك ذلك البدل بعد الوضع بلا تعد ولا تقصير ، يهلك عليه ، لأنه لما استهلك عين الوديعة وجب ضمانها في ذمته ، وما جاء من البدل باق على ملكه ، فيهلك عليه ، كما في البحر .

اما لو كانت الوديعة دراهم او دنانير او شيئاً من المكيل او الموزون وانفق شيئاً منها في حاجته حتى صار ضامناً لما انفق ، لا يصير ضامناً لما بقي . وان جاء بمثل ما انفق فخلط بالباقي ، صار ضامناً للكل : البعض بالانفاق والبعض بالخلط . والمراد بالخلط هنا خلط لا تتميز معه الوديعة ، اما لو جعل على ماله علامة حين خلطها به بحيث يتأتى التمييز ، لا يضمن الا ما انفق .

والتقييد بالانفاق ورد المثل ، احتراز عما اذا اخذ بعض الوديعة لينفقه لحاجته ثم لم يفعل ورده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة ، فانه لا ضمان عليه ، فانه وان صار ضامناً بالأخذ ، فقد عاد الى الوفاق برد العين الى مكانها ، فبرأ عن الضمان — بخلاف ما اذا رد مثله ، لانه انما جاء بملك نفسه فلا يكون عوداً الى الوفاق (بحر)

ولذا ذكر في الهندية عن الظهيرية : روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : رجل اودع رجلاً الف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة او شراء وردها الى موضعها فضاعت ، لا يضمن . واذا قضى الوديعة لغريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفاً فردها على المودع فهلكت ، ضمن اه .

ثم ان القول قوله مع يمينه . بمقدار ما انفق من الوديعة ، كما في مجمع الأنهر .

وهذا ، اي عدم ضمان الباقي ، فيما اذا انفق البعض، اذا كانت الوديعة مما لا يضره التبعيض ، كما اذا كانت دراهم او دنانير او شيئاً من المكيل او الموزون كما قلنا ، لأنه يكون حافظاً للباقي ولم يتعيب ذكره في البحر . قال الطحطاوي : ولم ارَ فيما اذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض ، هل يضمن الجميع ، او ما اخذ ، ونقصان ما بقي ، فيحرر اه .

ونقل في التكملة عن العلامة ابي الطيب ما يفيد ضمان الجميع ، فليراجع .

﴿ تنبيه ﴾

اذا باع الوديعة وضمنه صاحبها وفي الثمن فضل على ما ضمنه ، لا يطيب له ذلك الفضل ، بل يجب عليه التصدق به في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : ولو انه انفق بعض الوديعة ورد مثل ما انفقه وجعل عليه علامة حين خلطه بالباقي منها بحيث يتأتى التمييز ، فأفتي بانه صار ضامناً لها كلها فباع الوديعة ثم جاء رب الوديعة فضمنه اياها ، وفي الثمن فضل على ما ضمنه ، يطيب له حصة ما خلطه بها ، ويتصدق بحصة الباقي من الوديعة في قولها .

وهذا اذا كانت الوديعة شيئاً يباع . فان كانت دراهم فاشترى بها ، ينظر : ان اشترى بها بعينها ونقدها ، لا يطيب له الفضل ايضاً . وان اشترى بها ونقد غيرها او اشترى بدراهم مطلقة ثم نقدها ، يطيب له الربح . وكذلك ان اشترى بها مأكولاً ونقدها ، لم يحل ان يأكل ذلك قبل اداء الضمان . ولو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم ، حلَّ له ان ينتفع بها (كذا في الهندية عن المبسوط)

المسئلة الثانية ، ان يتعدى على الوديعة بفعل ما لا يرضى به المودع ، كما اذا ركب دابة الوديعة بدون اذن المودع ، او لبس ثوبها او اودعها غيره ، فأنه يضمنها

اذا هلكت كيفما كان الهلاك ، ولو بآفة سماوية ، لأن يده وقتئذ يد غصب لا يد امانة . لكن اذا زال التعدي برد الثوب الى مكانه والدابة الى مربطها واسترد الوديعة من الغير ، زال الضمان ، بمعنى ان الوديعة اذا ضاعت بعد زوال التعدي ، لم يضمن ، لأنه مأمور بالحفظ في كل الاوقات فاذا خالف في البعض ثم رجع الى الوفاق اتي بالمأمور به ، كما اذا استأجره لحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي ، استحق الاجرة بقدره (طحطاوي عن المنح)

واعلم ان زوال الضمان بالعود الى الوفاق مقيد بقيود . اولها ان لا ينقصها الاستعمال . فإن نقصها ، ضمن النقصان لصيرورته حابساً لجزء منها على وجه التعدي (ذكره الطحطاوي معزياً لشرح تنوير الاذهان)

ثانيها ان لا يكون من نيته العود الى الخلاف . فلو لبس ثوب الوديعة ونزعه ليلا ومن عزمه ان يلبسه نهاراً ثم سرق ليلاً ، لا يبرأ عن الضمان ، كما في البحر عن الظهيرية . ومثله في جامع الفصولين قايلا « فالحاصل ان اللبس شيء واحد ما لم يتركه ويعزم على تركه اه .

ثالثها ان يصدقه المودع في دعواه العود الى الوفاق ، لما في جامع الفصولين ان المودَع لو خالف ثم عاد الى الوفاق ، انما يبرأ لو صدقه المالك في العود ، لا لو كذبه ، الا ان يبرهن على العود ، بخلاف ما لو جحدها او منعها ثم اعترف ، لا يبرأ الا بالرد على المالك اه ومثله في الاشباه وغيرها . وعللوا ذلك بأنه اقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البرائة ، فلا يصدق الا ببينة اه .

لكن قال الرملي في حاشية الفصولين معزياً لمنح الغفار : اقول : ورأيت في موضع آخر ان المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق فكذبه المودع ، فالقول قول المودع ، كما في الرهن اه فليتأمل وليراجع .

وفي البحر عن الفوايد التاجية : لو اودعها المودَع وهلكت فقال المالك هلكت عند الثاني وقال المودَع بل ردها الي وهلكت عندي : لا يصدق ، لأن ايداع الغير موجب للضمان ، بخلاف ما لو غصب من المودع وهلكت فأراد المالك ان يضمن الغاصب فقال المودع قد رده الي فهلكت عندي وقال لا بل هلكت عنده ، فالقول قول المودع ، لأنه امين اه .

رابعها : ان يكون الأمر بالحفظ من المودع قائماً ، والا فلا يزول الضمان بالعود ، لما في جامع الفصولين . ولو مأموراً بحفظه شهراً فمضى شهر ثم استعمل الوديعة ثم ترك الاستعمال وعاد الى الحفظ ، لا يبرأ اذا عاد وامر الحفظ غير قائم اه وذكر في جامع الفصولين وغيره ان المستعير والمستأجر لو خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ اه .

والفرق بينهما وبين المستودع ، كما في حاشية الحموي والبحر ، ان المستودع يده يد المودع حكما لأن قبضه كان لاجله حفظاً لماله ، فاذا عاد الى الوفاق ، فقد اعاد الوديعة الى يد مالكها حكماً — بخلاف المستعير والمستأجر ، فان قبضهما كان لاجل انفسهما لاستيفاء المنفعة ، فاذا عاد الى الوفاق ، فقد اعاد الامانة ليده التي ليست يد مالكها ، لا حقيقة ولا حكماً ، فلا يبرآن .

وفي رد المحتار عن جامع الفصولين : مستأجر الدابة او المستعير، لو نوى ان لا يردها ثم ندم ، لو كان سائراً عند النية ، ضمن لو هلكت بعد النيّة . اما لو كان واقفاً ، اذا ترك نية الخلاف ، عاد اميناً اه .

ومثل المستودع المرتهن كما تقدم في الرهن . وكذا وكيل البيع حتى لو عاد للوفاق وباع ، صح بيعه . وكذا الوكيل بالحفظ او بالاجارة او بالاستئجار . وكذا المضارب والمستبضع والشريك عناناً او مفاوضة (فصولين ملخصاً ، ومثله في الاشباه)

قال في البحر : ويستثنى من اطلاق المستعير من استعار شيئاً ليرهنه فتعدى فيه ، كما اذا استعار دابة ليرهنها فركبها قبل ان يرهنها ثم رهنها بمال بمثل قيمتها ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن ، لا ضمان على الراهن ، لأنه قد برأ عن الضمان حين رهنها . فإن كان اميناً خالف ، فقد عاد الى الوفاق . وانما كان مستعير الرهن كالمودَع لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير ، حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضياً فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله . فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً ، فلهذا برأ عن الضمان اه .

والتقييد بكون الشركة عناناً او مفاوضة لاخراج شركة الملك . قال في رد المحتار : اما شريك الملك ، فانه اذا تعدّى ثم ازال التعدى ، لا يزول الضمان ، كما

هو ظاهر ، لما تقرر انه اجنبي في حصة شريكه · فلو اعار دابة الشركة تعدياً ثم ازال التعدي ، يعني بأرجاعها ليده ، لا يزول الضمان ولو كانت في نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم ازاله ، يزول الضمان · وهي واقعة الفتوى ، سئلت عنها فأجبت بما ذكرته وان لم ارها في كلامهم ، للعلم بها مما ذكر ، اذ هو مودَع في هذه الحالة · واما استعمالها بلا اذن الشريك ، فهي مسئلة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ، او بصير غاصباً (رملي على المنح)

المسئلة الثالثة : ان يتعين فعل ما لا يرضى به المودِع طريقاً لحفظ الوديعة ، كما لو كانت الوديعة في داره فاحاط بها الحريق او في سفينة فتخبطت السفينة حتى خيف الغرق او كانت معه في طريق واحاط به اللصوص المكابرون (ذكره في حاشية الشلبي) فإنه يتعين عليه حينئذٍ نقل الوديعة الى محل آخر كدار جاره او الى سفينة اخرى او تسليمها لاجنبي ليحفظها · حتى لو هلكت بعد ذلك ، لا ضمان عليه ، لعدم تعديه ، حيث تعين ذلك حفظاً للوديعة ، كما في التنوير والكنز وشروحهما · ولو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه حتى احترقت الوديعة او غرقت او اخذها اللصوص ، ضمنها · ففي الهندية ما نصه : وقع الحريق في بيت المودَع فترك الوديعة مع امكان الدفع الى غيره او النقل الى مكان آخر حتى احترقت ، يضمن · كذا في التمرتاشي اه ونقل مثله في تكملة رد المحتار عن التتارخانية ، وقال : ومثله في الحاوي وجامع الفتاوي · فما نقله في التكملة و (ط) عن المجتبي من ان « الظاهر من قولهم انه لا يضمن بالدفع لاجنبي في ذلك الوقت ، انه لا يجب عليه التسليم ولا النقل ، حتى لو تركها في داره فاحترقت لا يضمن » لا يلتفت اليه لمخالفته المنقول ·

وقيدنا كون الدفع لاجنبي ونحوه بأن تعين طريقاً للحفظ ، لما في البحر والزيلعي : لو امكنه ان يحفظها في وقت الحرق والغرق بعياله فدفعها لاجنبي ، ضمن · وكذا لو لم يكن الحريق محيطاً بداره ، يضمن بالدفع للاجنبي ، لانه لا يخاف عليها حينئذٍ اه وكذا لو القاها في سفينة اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج ، يضمن ، لان الاتلاف حصل بفعله (كذا في الزيلعي) وفي الهندية عن الملتقط : واذا دفع المودع عند موته الوديعة الى جار له وليس بحضرته عند الوفاة احد ممن في عياله ، فلا ضمان عليه اه ،

وفي التكملة عن نور العين : ذكر محمد في حريق وقع في دار المودع فدفعها الى اجنبي ، لم يضمن . فلو خرج من ذلك ولم يستردها ، ضمن ، كما لو دفعها الى امرأته ثم طلقها ومضت عدتها . فلو لم يستردها ضمن ، اذ يجب عليه الاسترداد ، ولان الايداع عقد غير لازم ، فكان لبقائه حكم الابتداء . وقال قاضي خان : لا يضمن ، اذ المودع انما يضمن بالدفع ، وحين دفع كان غير مضمون عليه ، فلا يضمن بعده اه .

وفي رد المحتار عن جواهر الفتاوى : واذا دفع الوديعة لآخر لعذر ، فلم يسترد عقب زواله فهلكت عند الثاني ، لا يضمن ، لان المودع يضمن بالدفع . ولما لم يضمن به للعذر ، لا يضمن بالترك . يدل عليه لو سلمها الى عياله وتركها عندهم ، لا يضمن للاذن . وكذا الدفع هنا مأذون فيه اه .

اقول : اذا كانت مسئلة الضمان عند عدم الاسترداد من زوجته التي طلقها متفقاً عليها ، فقياس مسئلة عدم استردادها من الاجنبي عليها اظهر من قياسها على مسئلة تسليمها لمن في عياله ، لأن من في عياله كما هو مأذون بالتسليم اليه مأذون بحفظها عنده دائماً ، كما تقدم ، سواء كان لضرورة او لا ، بخلاف المقيس . وقد ذكر في الهندية عن المحيط ما ملخصه انه لو خرج السراق على المودع فدفن الوديعة خوفاً عليها ثم ذهب السراق ثم حضر فلم يجد المدفون ، فالجواب فيها على التفصيل: ان ذهب السراق اولاً وتمكن المودع من رفع الوديعة فلم يرفعها وترك ثمة مع الامكان ، فهو ضامن . واما اذا مكث السراق ثمة ولم يمكن القرار ثمة لخوفه فذهب ثم جاء فلم يجد ، فهو على وجهين : ان جاء على قدر ما امكنه وزال الخوف فلم يجد ، لا يكون ضامناً وان اخر مع الامكان كان ضامناً اه .

وهذا مؤيد لما ذكره في نور العين اولاً فانه مع كون الدفن مأذوناً فيه لو تمكن من رفعه عقب الدفن فلم يفعل ، يضمن . تأمل . والحاصل ان المسئلة خلافية .

❋ تنبيه ❋

لو ادعى المودع دفعها للجار او نقلها لسفينة اخرى عند خوف الحرق والغرق ، فان كذبه صاحبها في وقوع الحرق او الغرق وكان ذلك غير معلوم الوقوع ،

كلف لاثباته بالبينة ولا يقبل قوله في ذلك ، لأن تسليم الوديعة الى غيره يوجب الضمان ، ودعوى الضرورة دعوى مسقط ، فلا يقبل الا ببينة – كما اذا ادعى الأذن بالايداع (هذا ما صرح به في الهداية والزيلعي) فان اثبت ذلك بالبينة او كان الحرق في داره والغرق في السفينة معلوم الوقوع وقد كذبه بالتسليم والنقل ، كان القول قوله ، اي المودع ، في ذلك مع يمينه ، كما في حاشية ابي السعود . وهذا ما صرح به في التنوير تبعاً للخلاصة .

وعبارة التنوير مع شرحه الدر : فإن ادعاه اي الدفع لجاره او فلك آخر ، صدق ان علم وقوعه ، اي الحرق ، ببينه ، اي بدار المودع والا يعلم وقوع الحرق في دارة ، لا يصدق الا ببينة اه اي – على الحرق او الغرق ، حيث كان غير معلوم الوقوع . هكذا قرر ابو السعود .

ووجهه ظاهر ، وهو ان المودع (بالكسر) عند تحقق الحرق او الغرق بالبينة او بكونه معلوم الوقوع ، يدعي وجوب الضمان بعدم الدفع او النقل ، والمودع (بالفتح) ينكره ، كما لا يخفى . وبما قررناه نعلم انه لا مخالفة اصلاً بين ما في الهداية والزيلعي ، و بين ما في التنوير تبعاً للخلاصة ، الموافق لما نقله الطحطاوي عن الذخيرة ، معزياً للمنتقى . هكذا ينبغي تقرير هذا المحل .

المادة ٧٨٨ – ✻ خلط الوديعة بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها وتفريقها عنه بدون اذن المودع يعد تعدّياً . بناء عليه لو خلط المستودع دنانير الوديعة بدنانير له او دنانير وديعة عنده لآخر متماثلة بلا اذن فضاعت او سرقت لزمه الضمان . وكذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط ✻

المراد بعدم امكان التمييز عدمه على وجه التيسير ، لا عدم امكانه مطلقاً ، كما في البحر . فيدخل فيه مثل خلط الحنطة بالشعير . واحترز به عما يمكنه تمييزه على

وجه التيسير ، كخلط الجوز باللوز والدراهم السود بالدراهم البيض والذهب بالفضة ، فهذا لا يقطع حق المالك بالاجماع . ولو هلك قبل التمييز هلك امانة ، كما لو هلك قبل الخلط ، كما في الهندية .

قلت : ومنه خلط الليرة العثمانية بالليرة الانكليزية او الفرنساوية في زماننا ، كما هو ظاهر .

واطلاق الخلط عند عدم امكان التمييز ، يشمل خلط الجنس بجنسه بطريق المجاورة ، كالحنطة بالحنطة وبطريق الممزجة ، كالسمن بالسمن . وخلط الجنس بخلاف جنسه بطريق المجاورة ، كالحنطة بالشعير ، وبطريق الممازجة ، كالخل بالعسل ، فينقطع حق المالك في الصور الاربعة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لانه بالخلط صار مستهلكاً متعدياً ، اذ لا يمكنه الوصول الى عين حقه بسبب فعله ، فيجب عليه الضمان ، ويملك الخالط المخلوط ، ولا سبيل للمودع في المخلوط .

وقالا : ان كان الخلط بخلاف الجنس ، سواء كان بطريق المجاورة كالحنطة بالشعير ، او بالممازجة كالخل بالعسل ، فالحكم كما قال ابو حنيفة ، على ما هو الصحيح من الروايات .

وان كان الخلط بالجنس ، فان كان بطريق المجاورة كالحنطة بالحنطة ، فقد اتفقا ان المالك مخير : ان شاء شاركه في المخلوط وان شاء ضمنه ، لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة ، وامكنه معنىً بالقسمة ، فكان استهلاكاً من وجه دون وجه ، فيميل الى ايهما شاء .

وان كان بطريق الممازجة كالسمن بالسمن ، فعند محمد الحكم كذلك ، يعني ان المالك مخيّر بين المشاركة او التضمين . وقال ابو يوسف يجعل الاقل تابعاً للاكثر ، اعتباراً للغالب اجزاءً .

ولو خلط الفضة بالفضة بعد الاذابة ، صار من المايعات ، لانه مايع حقيقة عند الخلط ، فيكون على الخلاف المذكور .

واتفقوا انه لا يباح للخالط التناول قبل اداء الضمان .

والظاهر ان الضمان ، لو ضاعت اوسرقت بعد الخلط ، متفق عليه ايضاً اما في صورتي الخلط بخلاف الجنس ، فظاهر ، لانه فهم ان الخلط استهلاك محض فيها .

واما في صور تي الخلط بالجنس، فلكون الخلط استهلاكاً من وجه عندهما ايضاً، ويحرر .

وثمرة الخلاف تظهر فيما لو ابرأ المودَع الخالط . فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يبقى له على المخلوط سبيل ، لان حقه في الدين لا غير ، وقد سقط بابرائه . وعندهما بالابراء ينقطع خيرة الضمان ، فتتعين الشركة في المخلوط (اه ملخصاً من الزيلعي وشرح مسكين مع حاشيته والهندية) وظاهر اطلاق المتون ترجيح قول ابي حنيفة . ولو كان عنده حنطة وشعير لواحد فخلطها ، ضمنها كما في الهندية عن التتارخانية . ولو كان الخالط غير المودَع ، سواء كان احد ممن في عياله كزوجته وابنه ، او اجنبياً فلا ضمان على المودع ، وانما على الخالط ، ولو كان صغيراً ، ولا يضمن ابوه ، لانه من التعدّي على اموال الناس ، كما لو كسر زجاجة الغير فان الضمان عليه (افاده في الدر وحواشيه)

ولو خلط الغير مال الوديعة بمال المستودع ، فلا سبيل للمودع والمستودَع على العين ، ويضمنان الخالط عند ابي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد : ان شاآ ضمنا الخالط ، وان شاآ اخذا العين وكانا شريكين ، سواء كان الخالط صغيراً او كبيراً (افاده في الهندية معزياً للسراج) .

هذا ونقل في المنح عن المجتبى ، واقره ، ما نصّه : ولو صب الردئ على جيد ، يضمن مثل الجيد ، لانه تعيب . وفي عكسه كان شريكاً ، لان الردئ لا يتعيب بالجيد اه وذكره في الدر واقره .

قال الطحطاوى : ولعل ذلك في غير الوديعة ، او قول مقابل لما سبق من ان الخالط في الوديعة يوجب الضمان مطلقاً ، اذا كان لا يتميز اه .

اقول : ويمكن ان يكون هذا تقييداً لاطلاق قول ابي حنيفة بالضمان، يعني ان قوله بالضمان انما هو اذا كانت الوديعة مثل المخلوط بها او اجيد . اما لو كانت الوديعة اردأ من المخلوط ، فلا ، بل يكون المالك شريكاً للخالط فيها ، لان فعل ما هو الاصلح للمالك ، لا يكون تعدياً . وكان هذا التقييد هو المعنيّ بقول (ط) انه قول مقابل لما سبق ، فليتأمل . واما ماذكره في تكملة رد المحتار من ان ما في المجتبى مفرع على قول الامامين بأن الخلط سبب الشركة ، فلامعنى له ، لانهما انما يثبتان له الخيار بين التضمين و بين الاشتراك ، فلا فرق بعد هذا بين ان تكون

الوديعة اردأ او اجيد ، كما لا يخفى

﴿ تتمة ﴾

افاد في رد المحتار ان المتولي لو خلط مال الوقف بماله ، لا يضمن . وكذا القاضي لو خلط مال صبي بماله وكذا الوصي والاب لو خلطا مال الصبي بمالهما وكذا السمسار لو خلط مال رجل بمال رجل آخر ، ولو بماله ، ضمن اه ملخصاً .

المادة ٧٨٩ — ﴿ اذا خلط المستودع الوديعة بأذن صاحبها على الوجه الذي ذكره في المادة السابقة او اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق احد المالين عن الآخر مثلاً اذا تهرى الكيس الذي فيه دنانير الوديعة داخل صندوق فيه دنانير آخر للمستودع مماثلة لها فاختلط المالان اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنانير كل منهما على قدر حصته . وبهذه الصورة اذا هلكت او ضاعت بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان ﴾

يعني وكانت الشركة شركة ملك . وعدم الضمان لعدم الصنع منه فأن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما، كالمال المشترك (كذا في البحر) وهذا اتفاقي كما في الملتقى والدرر

قال في الهندية : فاذا كان لاحدهما الف وللآخر الفان يقسم الباقي بينهما اثلاثاً . وان كان مال احدهما دراهم صحاحاً جياداً وفيها بعض الرديء ، ودراهم الآخر صحاحاً رديئاً وفيها بعض الجياد ، تثبت الشركة بين المالين .

ثم كيف يقتسمان ؟ — ان تصادقا ان ثلثي مال احدهما جياد وثلثه رديء ، وثلثي مال الآخر رديء وثلثه جيد ، يقتسمان الجياد من المال المختلط اثلاثاً ، والرديء اثلاثاً على قدر ما كان لكل واحد منهما . وان لم يتصادقا ، ان كان لا يعرف وادعى كل واحد منهما ان ثلثي ماله جياد وثلثه رديء وثلثي مال الآخر

ردي، وثلثه جيد ، يأخذ كل واحد منها ثلث الجياد ، لانهما اتفقا على انه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد ، فيأخذان ذلك - واختلفا في الثلث الآخر فادعاه كل واحد منهما لنفسه وذلك الثلث في ايديهما في يد كل واحد منهما نصف هذا الثلث ، وهو سدس الكل ، فيكون القول قول كل واحد منهما في ما في يده ، ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه . فان حلفا برئا عن الدعوى وترك المال في ايديهما كما كان . وان نكلا ، قضي لكل واحد منهما بنصف الثلث ، وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه وكذلك ان قامت لهما جميعاً البينة ، فان حلف احدهما ونكل الآخر ، برأ الحالف ويرد الناكل نصف الثلث ، وهو سدس الكل الذي في يده الى صاحبه . وهو (كذا في غاية البيان)

ثم قال . كان المخلوطان احدهما حنطة والآخر شعيراً ، فان لهما ان يتفقا على شيء فان لم يتفقا على شيء يقوم المخلوط وضرب صاحب الحنطة بقيمة الحنطة مخلوطاً بالشعير وضرب صاحب الشعير بقيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة (كذا في الجامع) هكذا في نسختي ولعل الصواب ان تضرب الحنطة غير مخلوط بالشعير ايضاً ، فاذا قوم المخلوطان بمائتين ، وقومت حنطة غير مخلوطة بالشعير ايضاً بمائة وخمسين ، وقوم الشعير كذلك بخمسين ، فصاحب الحنطة يأخذ ثلاثة ارباع المختلطين ، وصاحب الشعير يأخذ الربع . هذا ما ظهر لي ، والا فالعبارة مشكلة . تأمل .

ثم اعلم انه هكذا سوّى في متن التنوير بين الخلط بأذن المودع وبين الاختلاط بلا صنع ، فقال : وكذا لو خلطها المودع بماله بغير اذن بحيث لا تتميز ، ضمنها . وان باذنه ، اشتركا ، كما لو اختلط بغير صنعه اه واقره شارحه العلائي ، ولم يعزه في المنح الى احد ، وسبقه الى ذلك شيخه صاحب البحر فقال : وان خلطها باذنه كان شريكاً له اه ولم يعزه ايضاً وتبعهم الداماد في شرح الملتقى بلا عزو .

لكن يخالفه ما في الهندية ، حيث قال ، بعد ان ذكر حكم الخلط كما قدمناه في شرح المادة السابقة ، ما نصه : وهذا اذا خلط الدراهم بغير اذن . فأما اذا خلطها باذنه ، فجواب ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يختلف ، بل ينقطع حق المالك بكل حال . وعن ابي يوسف انه جعل الاقل تابعاً للأكثر . وقال محمد رحمه

الله تعالى : يشاركه في كل حال · كذلك ابو يوسف في كل مائع خلطه بجنسه، يعتبر الاكثر وابو حنيفة يقول بانقطاع حق المالك في الكل ، ومحمد بالشركة في الكل كذا في الكافي اه ومثله في الفصل الاول في حفظ الوديعة من الخلاصة · ويؤيد هذا ان جميع المتون كالقدوري والكنز والوقاية والهداية والملتقى والدرر اطلقت الخلط الموجب للضمان وانقطاع حق المالك، ولم تقيده بكونه بغير اذن · ولم يذكروا حكم الاشتراك الا عند الاختلاط بغير صنع المودع ·

والحاصل ان عبارتي الخلاصة والكافي على ما في الهندية صريحتان في ان الاذن بالخلط لا يؤثر شيئاً على قول ابي حنيفة ، وفي ان الخليط باذن وبلا اذن سواء من حيث انه ينقطع به حق المالك نعم يؤثر في اسقاط الخيرة · وتعين الاشتراك على قول محمد ومافي التنوير · تبعاً للبحر، يخالفه ولم ارَ في شيء من الشروح والفتاوى ما يؤيد ما في التنوير · بل اطلاق المتون يؤيد الاول كما علمت · ويمكن ان يقال ان صاحب التنوير تبعاً لشيخه صاحب البحر قد اختار قول محمد في صورة ما اذا كان الخلط باذن المالك ، فقرنه في متنه بالذكر مع مسئلة المتون ، وهي انهما يشتركان اذا كان الاختلاط بلا صنع · لكن هذا مخالف لعامة المتون ولم نرَ احداً صرح بترجيح قول محمد ، لا عند الاذن بالخلط ولا عند عدمه · وانما المتون قاطبة على قول الامام على ان مسئلة المتون المذكورة اجماعية كما صرح به في متن الملتقى وفي الدرر ايضاً ، فليتنبه وليتأمل عند الفتوى · ومن العجب اني لم ار من نبّه على ما ذكرنه من محشي الدر او خلافهم ، والله اعلم ·

المادة ٧٩٠ — ❋ ليس للمستودع ايداع الوديعة عند آخر بدون اذن · وان اودعها فهلكت صار ضامناً ثم اذا كان هلاكها عند المستودع الثاني بتقصير او تعدٍّ منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الاول وان شاء ضمنها للثاني فاذا ضمنها للمستودع الاول يرجع على الثاني بما ضمنه ❋

المراد بالآخر من لم يكن من امناء المستودع كالذي هو من عياله ووكيله وشريكه ومضار به ، كما تقدم في شرح المادة (٧٨٠) فلتراجع ·

وقد افادت هذه المادة منطوقاً ومفهوماً ان المستودع اذا اودع الوديعة عند اجنبي يكون متعدياً ، فاذا هلكت عند المستودع الثاني بلا تعد ولا تقصير يكون هو الضامن لها ، لتعديه بالايداع ، دون الثاني · لأنه اخذ المال من امين ولم يتعد بالحفظ · وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعليه المتون · وقالا : له ان يضمن ايهما شاء ، لأن الاول تعدى بالتسليم الى الثاني بلا اذن المالك ، والثاني تعدى بالقبض بلا اذنه ، فيميل المالك الى ايهما شاء · فان ضمن الاول ، لم يرجع على الثاني · وان ضمن الثاني ، رجع على الاول ، لأنه مغرور عامل له ·

ولأبي حنيفة ان الاول لا يضمن بالدفع الى الثاني ما لم يفارقه ، لان حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه · والمالك انما رضي بحفظه ورأيه لا بصورة يده ، بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه ، لا يضمن واحد منهما بالاجماع · فاذا فارق الاول الثاني ، ضمن ، لانه صار مضيعاً بالمفارقة ، والثاني امين استمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه تعد ولم يكن متعدياً في الابتداء بالقبض، فلا ينقلب متعدياً من غير احداث فعل (افاده الزيلعي)

وهذا بخلاف مودَع الغاصب ، فان للمالك ان يضمن ايًا شاء اجماعاً ، لأن قبضه وقع تعدياً من الابتداء · ومثله غاصب الغاصب والمشتري من الغاصب ·

ثم ان مودع الغاصب ان لم يعلم ان من اودعه غاصب فضمن ، رجع على الغاصب قولاً واحداً · وان علم ، فكذلك ، على ما استظهره في الدر ومجمع الانهر تبعاً للدرر · وكذا استظهره الزيلعي وجزم به في البحر ، خلافاً لما حكاه ابو اليسر · واقتصر عليه في شرح مسكين على الكنز واستظهره القهستاني والباقاني والبرجندي وغيرهم كما في حاشية ابي السعود عليه · وذكر في الدر عن المجتبى ما نصه : وعن محمد اصاب الوديعة شيء فأمر المودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك ، فلربها تضمين من شاء · لكن ان ضمن المعالج رجع على الاول ان لم يعلم انها لغيره ، والا · لم يرجع اهـ ومثله في الهندية ·

فقد جعل العلم بانها ليست للدافع مانعاً للرجوع عليه ، وهو مخالف لما في

في جامع الفصولين ، حيث قال رامزاً للذخيرة : مرضت دابة الوديعة فأمر المودع انساناً فعالجها ، ضمن المالك ايهما شاء . فلو ضمن المودع ، لا يرجع على المعالج . ولو ضمن المعالج ، رجع على المودع ، علم انها للغير او لا ، الا ان قال المودع ليست لي ولم اؤمر بذلك ، فحينئذٍ لا يرجع اه .

قال في التكملة ، ومثله في نور العين رامزاً للاستروشنية ومجموع النوازل: فإنه جعل المانع من الرجوع هو ان يقول له الدافع انها ليست لي ولم أومر بذلك، لا مجرد العلم بأنها للغير ، اللهم الا ان يوفق بأن العلم المانع من الرجوع ، على ما في الدر والهندية ، هو العلم المستفاد من قول الدافع هي ليست لي ولم اؤمر بذلك، لا مطلق العلم — ووجهه انه لو لم يقل له ذلك لاعتذر المعالج بأني ظننت بأنك مأمور بالدفع للمعالجة .

والظاهر ان هذه المسئلة بخلاف المسئلة السابقة ، وهي ما لو ضمن المالك مودع الغاصب ، فإن مجرد العلم بأنه غاصب ، يمنعه من الرجوع على ما حكاه ابو اليسر واعتمده القهستاني وغيره ، اذ لا يتصور حال كونه غاصباً ان يكون مأموراً بالدفع للمعالجة . وعلى ما جزم به في البحر والزيلعي والدر والدرر له الرجوع مطلقاً وان علم . وكأن هذا ناظر لكون مودع الغاصب عاملاً للغاصب ولم يصدر منه تعدٍ او تقصير ، فليتأمل .

ونقل في التكملة عن شرح الزيادة ما يؤيد هذا ، فليراجع .

ثم ان ما تقدم ، فيما اذا هلكت الوديعة بلا تعدٍ ولا تقصير فان تعدّى عليه الثاني او قصر ، فالمودع مخير اجماعاً : ان شاء ضمنها للمستودع الأول ، وان شاء للثاني . فإن ضمن الاول ، رجع الاول على الثاني . وان ضمن الثاني ، لا يرجع .

ثم ما تقدم من ان ايداع المستودع تعدٍ على الوديعة ، اتفاقي لو كان الايداع قصديا ، اما لو كان ضمنياً ، ففيه خلاف ، لما تقدم عن جامع الفصولين من انه لو دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي ثم ضاعت بلا تعدٍ ولا تقصير ، قيل يضمن ، لانه ايداع المودع ، وعزاه الى الذخيرة . وقيل لا يضمن لانه ايداعٌ ضمني ، وانما يضمن بايداع قصدي . اه ملخصاً

وفي الدر : لو قال المالك هلكت عند الثاني ، وقال بل ردها علي وهلكت

عندي ، لم يصدق . وفي الغصب منه يصدق ، لانه امين (مراجية) — يعني اذا غصبت من الوديع فادعى الوديع الرد ، يصدق اذ لم يفعل الوديع مايوجب الضمان ، فهو على ما كان امين عند الرد وقبله وبعده ، بخلاف دفعه للاجنبي ، لأنه موجب للضمان اه اي فهو بدعواه الرجوع الى الوفاق والهلاك عنده يدعي مسقطاً للضمان ، فلا يصدق الا ببينة . وقد قدمنا هذا .

❊ فرع ❊

دفع الى رجل الف درهم وقال ادفعها الى فلان بالري فمات الدافع فدفع المودع المال الى رجل ليدفعه الى فلان بالري فأخذ في الطريق ، لا يضمن المودع ، لانه وصي الميت . فلو كان الدافع حياً ضمن المودع ، لأنه وكيل -الأ ان يكون الآخر في عياله ، فلا يضمن حينئذ (خانية كذا في رد المحتار)

المادة ٧٩١ — ❊ اذا اودع المستودع الاول الوديعة عند آخر بأذن المودع خرج المستودع الاول من العهدة وصار الثاني مستودعاً ❊

عبارة الهندية عن الخلاصة : ولو دفع المودع الوديعة الى آخر بأذن المالك او بغير اذنه فأجاز المالك ، خرج المودع من البين اه كأنه دفع الى المالك (فصولين)

المادة ٧٩٢ — ❊ كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بأذن صاحبها فله ان يؤجرها او يعيرها لآخر وان يرهنها ايضاً . واما لو آجرها او اعارها لآخر او رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت او نقصت قيمتها في يد المستأجر او المستعير او المرتهن ضمن ❊

اي ضمن القيمة فيما اذا هلكت ، والنقصان فيما اذا نقصت ، لما في البحر :

والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، وان فعل منها شيئاً لضمن اهـ
والضمير في ضمن عائد للمودَع ، كما هو الظاهر .

وانظر هل يجري هنا خلاف الامامين المار في ايداع الوديعة ، فيكون مخيراً على قولهما بين تضمين المودع ولا رجوع له على احد ، وبين تضمين المستأجر او المستعير او المرتهن وللأولين الرجوع على المودع بما ضمناه ، وللثالث الرجوع بما زاد على قدر الدين من قيمة الرهن؟ - الظاهر نعم ، لأن المستأجر والمستعار والمرهون امانة في ايديهم ، فكان كل منهم كودع المودَع ، وليراجع ثم لو كان الأيجار او الاعارة او الرهن باذن المالك، وقد تعدى احد هؤلاء على الوديعة حتى هلكت ، فالضمان على المتعدي فقط ، وهو ظاهر ، لأن المودع قد دفع له الوديعة بأذن المالك ، فخرج من البين كما تقدم في المادة السابقة . ولا تنس ما تقدم في المادة (٧٨٦) من ان للمستودع ايجار الوديعة بأذن القاضي اذا كانت تحتاج للنفقة وصاحبها غائب .

المادة ٧٩٣ - ﴿ اذا اقرض المستودع دراهم الوديعه لآخر بلا اذن ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع . وكذا لو ادى المستودع دين المودع الذي بذمته لآخر من الدراهم المودعة التي بيده فلم يرض المودع ضمنها ايضاً ﴾

وان كان الدين من جنس الوديعة . وقيل لا يضمن، وهو المختار عند البعض (هندية عن خزانة المفتين)

نعم لو كان الوديع كفيلا بدينه المذكور بشرط ايفائه من مال الوديعة وكانت الكفالة باذن المالك والدين من جنس مال الوديعة ، وجب عليه الايفاء من مال الوديعة ، ولا ضمان عليه كما قدمناه في شرح المادة (٦٥٠) فليراجع .
وفي اواخر الرابع والعشرين من جامع الفصولين : ولو اقرض مال غيره فأجازه

ربه بكون المقرض رب المال . وان لم يجز وضمن القابض ، برأ الدافع . ولو ضمن الدافع ، ملك ما دفع بضمانه .

والمضارب لا يملك اقراض مال المضاربة ما لم يصرح له فيه ، ولو اقرضه ثم اجاز رب المال ، يصح لو قائماً وقت الاجازة ، والا فلا اه

﴿ فرع ﴾

رجل اودع عند انسان الف درهم ، ثم ان صاحب الوديعة اقرض الوديعة من الذي في يده ، قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يخرج الألف من الوديعة حتى يصير في يد المستودع ، حتى لو هلك قبل ان تصل الى يده ، لا يضمن . وكذلك في كل ما كان اصله امانة . وكذلك لو قال المودع لصاحبها ائذن لي ان اشتري بالوديعة شيئاً او ابيع ، لأنه مؤتمن خائنة .

المادة ٧٩٤ — ﴿ يلزم رد الوديعة الى صاحبها اذا طلبها ومؤنة الرد والتسليم اي مصاريفها وكلفتها عائدة عَلَى المودع . واذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع وهلكت او ضاعت ضمنها المستودع . لكن اذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئاً عن عذر كأن تكون حينئذ في محل بعيد ثم هلكت او ضاعت لا يلزم الضمان ﴾

تقييد كون الذي يلزم الرد اليه هو صاحبها ، فيه اشارة الى انه لو وضعها في منزل صاحبها او دفعها الى ابنه او الى احد ممن في عياله فضاعت ، يضمن . قال المتأخرون ، وعليه الفتوى : كذا في الهندية . اما لو ردها الى من صاحبها في عياله ، يعني الى من يعول صاحبها ، فلا يضمن ، كما قدمناه في شرح المادة (٧٨٠) عن جامع الفصولين .

وقدمنا هناك عن محشيه الرملي وجه الفرق ، وهو ان المودع بالكسر اذا كان في عيال شخص ، فهو وما في يده في يد ذلك الشخص — بخلاف الدفع الى

شخص هو في عيال المودع ، لعدم ذلك اه ·

وذِكرُ كون مؤنة الرد والتسليم عائدة على المودع هنا فيه اشارة الى ان الوديعة لو كانت مما يحتاج ردها الى كلفة الحمل فطلب صاحبها حملها اليه فامتنع ثم هلكت ، لا يضمن ، لانه لا يلزمه سوى التخلية ، صرح به في الدر وحواشيه ·

وتقييد الطلب الموجب للضمان عند المنع بكونه من المودع يشير الى انه لو كان الطلب من غيره كوكيله او رسوله فامتنع عن التسليم له ثم هلكت ، لا يضمن ، وهو المذكور في التجنيس · قال الطحطاوي ، ونقله القهستاني عن المضمرات ، ونقل في البحر عن الخلاصة ، ان عدم الضمان بالامتناع عن الدفع الى الرسول هو ظاهر الرواية · اما اذا منعها عن الوكيل ، فقد ذكر في الحامدية انه يضمن ، وعزاه الى كثير من المعتبرات ، وهو الذي اختاره صاحب المنح وتبعه العلائي في شرحيه على التنوير والملتقى ، خلافاً لما تقدم عن التجنيس والمضمرات ·

والظاهر ما نقله في الفصول العمادية عن القاضي ظهير ، كما في حاشية ابن عابدين على البحر معزياً للرملي ·

واقتصار هذه المادة تبعاً لعامة المتون على ذكر الضمان عند منعها عن صاحبها والسكوت عن خلافه ، قد يدل على اعتماد ما في التجنيس ·

ونقل في التكملة عن التتارخانية تفصيلا في الوكيل، فقال ان المودع انما يضمن بالمنع عن الوكيل اذا كان توكيله ثابتاً بالمعاينة او بالبينة · اما اذا كان بتصديق المودع ، فانه لا يضمن · وكذا لو كذبه بالاولى اه ·

ويؤيد هذا ما ذكروه في باب الوكالة بالخصومة : قال : اني وكيل بقبض الوديعة ، فصدقه المودع ، لم يؤمر بالدفع اليه على المشهور اه ·

وفي الخلاصة : المالك اذا طلب الوديعة فقال المودع لا يمكنني ان احضرها فتركها وذهب ، ان تركها عن رضاً فهلكت ، لا يضمن ، لانه لما ذهب فقد انشأ الوديعة · وان كانت عن غير رضاً ، يضمن · ولو كان الذي طلب الوديعة وكيل المالك ، يضمن ، لانه ليس له انشاء الوديعة – بخلاف المالك اه قال في البحر : وينبغي ان يكون محل هذا التفصيل ما اذا كان المودع يمكنه التسليم وكان كاذباً في قوله لا اقدر على التسليم الآن · اما اذا كان صادقاً ، فلا يضمن مطلقاً ، لما

قلنا من ان شرط الضمان ان يكون قادراً على التسليم اه ·

وذكر ابن عابدين في حاشيته عليه ، قال الرملي : وهذا ، اي ما تقدم عن الخلاصة ، صريح في انه يضمن بعدم الدفع الى وكيل المالك ، كما لا يخفى · وظاهر ما نقله في الفصول العمادية معزواً الى القاضي ظهير انه لا يضمن ، كما هو منقول عن التجنيس ، فهو مخالف لما في الخلاصة · ويتراءى لي التوفيق بين القولين بأن يحمل ما في الخلاصة على ما اذا قصد الوكيل انشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له في وقت آخر ، لانه ليس له انشاء الايداع وما في فتاوي القاضي ظهير والتجنيس على ما اذا منع ليؤدي الى المودع بنفسه بان قال له لا ادفع الا للذي جاء بها ، كما هو في عبارة الظهيرية فانه استبقاء للايداع لا انشاء ايداع اه

اقول : والحاصل من هذا كله ان المودع اذا منع الوديعة بعد الطلب ، ان كان منعه لعدم قدرته على التسليم لبعدها عنه ونحوه ، لا يضمن ، سواء كان الطالب هو المالك او وكيله او رسوله ، وسواء رضي الطالب بتركها عنده او لا · وان كان قادراً على التسليم ، والطالب هو المالك وقد تركها وذهب راضياً ، لا يضمن ، لانه انشاء ايداع وان كان الطالب هو الوكيل ، فان كان التوكيل ثابتاً بتصديق المودع ، لا يضمن · وكذا لو كذبه بالأولى · وان كان ثابتاً بالمعاينة او بالبينة ، فان كان امتنع عن التسليم ليدفع له في وقت آخر ، يضمن ، لانه ليس له انشاء الايداع · وان كان امتنع ليؤدي الى المودع بنفسه بأن قال لا ادفع الا للذي جاء بها ، لا يضمن ، لان هذا استبقاء للايداع لا انشاء ايداع · وهذا بخلاف المنع عن الرسول · فان ظاهر الرواية انه لا يوجب الضمان مطلقاً ·

هذا غاية ما تحرر لي من عباراتهم · واما التفرقة بين الوكيل والرسول من حيث ان الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل ، توفيقاً بين ما في الفصول العمادية عن الظهيرية من ان المودع يضمن اذا منعها عن رسول المودع قائلا لا ادفع الا للذي جاء بها ، و بين ما ذكروه في باب الوكالة بالخصومة من ان المودع لو صدق من ادعى انه وكيل بقبض الوديعة لا يؤمر بالدفع له ، فليس بشيء ، لما علمت ان ظاهر الرواية عدم الضمان بالمنع عن الرسول مطلقاً · فكل من الفرع المذكور المنقول عن الظهيرية والتفرقة بينهما ، مبني على خلاف ظاهر الرواية ،

كما في تنقيح الحامدية معزياً لنور العين ، فافهم .

وقد صرح بأن الفرع المذكور مبني على خلاف المذهب في الهندية عن الوجيز ، فقال : رسول المودع طلبها فقال لا ادفع الا الى الذي جاء بها فسرقت ، يضمن عند الثاني . وفي ظاهر المذهب لا يضمن اه .

واطلاق العذر في هذه المادة مع الاتيان بكاف التشبيه ، فيه اشارة الى عدم حصر العذر فيما ذكر من كون الوديعة في محل بعيد ، فيشمل ما لو كان العذر حسياً كأن لا يستطيع الوصول الى محل الوديعة ، او معنوياً كان خاف على نفسه من ظالم ان يقتله او دائن ان يحبسه وهو غير قادر على الوفاء ، او كانت امرأة وخافت من فاسق ، او خاف على ماله بان كان مدفوناً معها فاذا ظهر اغتصبه غاصب ، او كان المالك ظالماً فطلب الوديعة ليظلم بها بأن كان سيفاً فعلم او شك ان طلبه ليقتل به رجلاً بغير حق ، او كانت كتاباً فيه اقرار المودع بمال الغير او بقبض دينه من الغير ، فله عند وجود عذر من هذه الاعذار ، ان يمنع الوديعة من مالكها ، ولا يكون ظالماً بمنعها حينئذ ، حتى لو هلكت الوديعة بعد ذلك الطلب لا يضمنها ، كما في الدر وحواشيه وغيرها .

فرع

في جامع الفصولين قال رب الوديعة سراً للمودع : من اخبرك بعلامة كذا فادفع اليه ، فأخبره رجل بتلك العلامة فلم يصدقه ولم يدفع اليه ، لم يضمن ، اذ يتصور ان يأتي غير رسوله بتلك العلامة اه .

قال محشيه الرملي : اقول : وهل يصح هذا التوكيل ولا يضمن المودع بالدفع ؟ قال الزاهدي في حاويه ، رامزاً : فيه تفصيل : لو كانا عند ذلك الاتفاق بمكان لا يمكن لاحد من الناس استماع كلامهما ، فالدفع لمن جاء اليه بتلك العلامة بلا زيادة ولا نقصان صحيح ، لأنه عند ذلك كالتصريح بالوكالة لواحد بعينه ، وهو الجائي بتلك العلامة . واما استماعه ذلك من اجنبي فنادر . وان كانا عند ذلك بمكان فيه احد من الناس مما يفهم اتفاقهما على ذلك او بمكان يمكن لأحد استماع اتفاقهما على ذلك خفية وهما لا يريانه ، فالوكالة باطلة والدفع مضمن اه .

قال العلامة بن عابدين في تنقيح الحامدية ، بعد نقل ما تقدم قلت : كثيراً ما يقع ان المالك بعد اتفاقه مع المودع على ذلك يبعث رجلاً بتلك العلامة فيسمعه آخر فيسبق الأول ويخبر المودع بتلك العلامة . وقد يقال ان هذا لا ينافي صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم عند اتفاق المالك مع المودع . والظاهر ان المالك اذا قال لم اذكر العلامة لهذا الرجل الذي جاءك وانما ذكرتها لغيره، ان يكون القول قوله ، لأنه منكر ، فيضمن المودع . فتأمل والله اعلم اه .

اقول : بل الظاهر انه لا يضمن المودع والحالة هذه ، لأنه دفع الوديعة لوكيل صحت وكالته عن المالك بمجرد اخباره المودَع بالعلامة، لأن ذلك كالتصريح بالوكالة له بعينه ، كما تقرر ، فكيف يضمن ؟ ولأن الذي جاء بالعلامة للمودَع ان لم يكن المالك ذكرها له ، فلا شك انه سمعها منه ، وقد قرر ان ذلك لا ينافي صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم . على ان المفرط باسماع ذلك الرجل الذي ينكر المالك ذكر العلامة له هو المالك ، فكيف يضمن المودع الوديعة بتفريط مالكها ؟ فليتأمل

المادة ٧٩٥ — ✻ يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته او على يد امينه . واذا ارسلها او ردها بواسطة امينه فهلكت او ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تعدٍ ولا تقصير فلا ضمان ✻

المراد بأمينه من يملك ان يحفظ الوديعة به ، وهو مؤتمنه على ماله — اعم من ان يكون في عياله اولا ، فيشمل وكيله وشريكه مفاوضةً او عناناً ومضاربه ومن اودع عنده مال نفسه ، وان لم يكونوا من عياله ، على ما عليه الفتوى كما تقدم في المادة (٧٨٠ وشرحها)

✻ فروع ✻

اذا طلب الوديعة فقال اطلبها غداً ثم قال في الغد ضاعت ، فانه يسأل : ان

قال ضاعت قبل قولي اطلبها غداً ، يضمن . وان قال ضاعت بعده ، لا ، للتناقض في الاول دون الثاني .

طلبها فقال اعطيتكها ثم قال بعد ايام لم اعطكها ولكن تلفت ، ضمن ولم يصدق ، للتناقض (جامع الفصولين)

وفيه : المودع (بالفتح لو دفع الوديعة الى المودع (بالكسر) ثم استحقت، لم يضمن ، لرده على من اخذ منه . وكذا كل امانة وغصب . ولو قال ربها ادفعها لفلان ، فدفعها ثم استحق ، ضمن ، اذ لم يرد على من اخذ منه . وله ان يضمن اي الثلاثة شاء اه .

اقول : انظر هذا مع ما تقدم في شرح المادة (٧٩١) من ان المودَع يخرج من البين حينئذ ، كأنه دفع الى المالك .

وفيه : ردّها الى وارث ربها وفي التركة دين ، ضمن للغرماء .

اودع وغاب فبرهن ابنه ان اباه مات ولا وارث له غيره واخذ الوديعة ، ثم جاء ابوه ، يُضمِّن الابن او الشاهدين لا المودع . ولو غصبها ضمن كلاً منهم اه .

اذا جحد المستودع الايداع عند مالكها بعد طلبه ردّها ، ثم نقلها من مكانها الذي كانت فيه وقت الجحود ، وكانت منقولاً وكان النقل زمن الجحود ، ولم يكن وقت الجحود من يخاف منه عليها ولم يحضرها بعد الجحود لمالكها ، ثم اقر بها ، لا يزول الضمان ، لأن الجحود رفعٌ للعقد ، فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد، ولم يوجد . (هذا ما افاده في التنوير)

قيّد بكونه جحد الايداع لأن المودع لو ادعى ان المالك وهبها منه او باعها له وانكر صاحبها ثم هلكت ، لا ضمان على المودَع ، كما في الدر عن الخلاصة .

وقيّد بكون الانكار عند المالك ، لأن جحودها عند غيره بأن قال له اجنبي اعندك وديعة لفلان فقال لا ، لا يضمن ، لأن الجحود عند غيبة المالك من الحفظ ، لانه يقطع طمع الطامعين عنها ، فلا يضمن به ، كما في الدرر .

وقيد بكونه بعد الطلب ، لأنه لو قال ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها ، لا ضمان عليه ، لانه ايضاً من باب الحفظ المأمور به ، فلا يعد انكاراً ، كما في الزيلعي .

وقيد بكونه نقلها ، لانه لو لم ينقلها من مكانها التي كانت فيه حال جحوده فهلكت ، لا ضمان عليه ، لما في الخانية : اذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخاً للوديعة . حتى لو نقلها المودع من المكان الذي كانت فيه حالة الجحود ، يضمن . وان لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلكت ، لا يضمن اه ومثله في الخلاصة عن الاجناس .

لكن قال في الخلاصة بعده : وفي المنتقى . اذا كانت الوديعة والعارية مما يحوّل ، يضمن بالجحود وان لم يحوّلها اه .

ويؤيد هذا قول البدايع ، كما في رد المحتار ، ان العقد ينفسخ بطلب المالك ، فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقي مال الغير في يده بغير اذنه ، فيكون مضموناً . فاذا هلكت تقرر الضمان اه .

وفي جامع الفصولين ، برمز (قش) : جحدها ، فلو نقلها عن مكان كانت فيه حال جحوده ، ضمن . والا فلا . ولو قلنا انه يضمن في الوجهين ، فله وجه اه .

وفي رد المحتار عن الرملي : الظاهر انه اي ما في الاجناس قول لم يظهر لاصحاب المتون صحته ، فلم ينظروا اليه ، فراجع المطوّلات يظهر لك اه — وهذا يفيد ترجيح عدم اشتراط النقل ، فليتأمل .

وقيّد بكونه منقولاً لأن الوديعة لو كانت عقاراً لا يضمن بالجحود عند الامامين ، لعدم تصور غصبه عندهما ، خلافاً لمحمد . وهو ، اي قول محمد ، الاصح ، كما في الدر والبحر وغيرهما .

وفي الهندية عن الوجيز ، يعني البزازية : وهذا كله في المنقول . وفي العقار لا يضمن بالجحود عند الامام والثاني . وقال الحلواني : فيه روايتان عن الامام وبعض المشايخ ، على انه يضمن في العقار بالجحود اجماعاً .

اه قلت : وعن هذا اطلق في الكنز والملتقى والدرر الضمان بالجحود ، ولم يقيدوا بكون الوديعة منقولاً .

وقيد بكون النقل زمان الجحود ، لانه لو كان نقلها قبل زمان الجحود او بعده ، لا يضمن (افاده الطحطاوي) وقال قبله : وانظر ما لو كان نقلها قبله وفي

نية الجحود اه ·

اقول : والظاهر ان المراد بكون النقل بعد زمان الجحود ، ان يوجد النقل بعد زمان لم يوجد فيه اصرار على الجحود ، وذلك بأن يكون نقلها بعد ان اقر بها ·

واقول ايضاً : ويظهر لي ايضاً ، إن نقل قبل الجحود ، فلا عبرة به ، وان كان في نيته وقت النقل الجحود ، لا ن الظاهر من كلامهم ان المراد من النقل المشروط فيه ، ان يكون زمان الجحود ، انشاؤه لا دوامه · على ان النقل فعل لا يمتد كالدخول والخروج ، فلا يكون لدوامه حكم الابتداء · فالنقل السابق على زمان الجحود لا يعتبر ، ولأن نية جحود الوديعة لا اثر لها في الضمان ، لما في الهندية عن شرح القدوري · قال اصحابنا : اذا اخرج الوديعة لينفقها او الثوب ليلبسه فهلك ، لا ضمان عليه اه وتقدم له نظائر ، فتدبر ·

وقيد بقوله « لم يكن هناك من يخاف منه عليها » لأنه لو جحدها في وجه عدو يخاف منه التلف لو اقر ، ثم هلكت ، لا يضمنها ، لأنه انما اراد حفظها (كذا في المنح)

وقيد بكونه لم يحضرها ، لانه لو جحدها ثم احضرها فقال له ربها دعها وديعة ، فان امكنه اي ربها اخذها ، لم يضمن ، لانه ايداع جديد — والا ضمنها ، لانه لم يتم الرد ، فلم يصح الايداع الجديد (كذا في الدر)

لو قال : ليس له علي شيء ثم ادعى رداً او تلفاً ، صدق ، ولو جحد الوديعة ثم ادعى الرد او التلف ، لم يصدق (فصولين) اما لو برهن على انه ردها بعد الجحود ، فانه يقبل ، كما يقبل لو برهن انه ردها قبل الجحود وقال غلطت في الجحود او نسيت او ظننت اني دفعتها ، لانه وان كان متناقضاً في دعواه الرد بعد انكار الايداع ، الا انه وفق بقوله غلطت الخ ·

وهذا اذا ادعى الرد · اما لو ادعى الهلاك ، ففي الهندية : اذا اقام رب الوديعة البينة على الايداع بعدما جحد المودَع ، واقام المودَع بينة على الضياع ، فان جحد المودع الايداع بأن يقول للمودِع لم تودعني ، ففي هذا الوجه المودع ضامن ، و بينته على الضياع مردودة ، سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود او بعد الجحود ·
وان جحد الوديعة بأن قال ليس لك عندي وديعة ثم اقام البينة على الضياع ، ان اقام

البينة على الضياع بعد الجحود ، فهو ضامن . وان اقام بينته على الضياع قبل الجحود فلا ضمان وان اقام بينته على الضياع مطلقاً ولم يتعرض لكونه قبل الجحود او بعده ، فهو ضامن .

وفي القدوري : اذا قال المودَع للقاضي ، حلّف المودع ما هلكت قبل جحودي ، حلفه القاضي ، ويحلفه على العلم (كذا في الذخيره)

قال في الدر . فان حلف ، ضمنه . وان نكل ، برأ . وكذا العارية (منهاج) ويضمن قيمتها يوم الجحود ان علم ، والا فيوم الايداع (عمادية) اه قال الطحطاوي : وهذا عند عدم اقامة البينة على الضياع من المودع .

المادة ٧٩٦ — ✱ اذا اودع رجلان مالاً مشتركاً لهما عند شخص ثم جاء احد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصته من المستودع ، فان كانت الوديعة من المثليات ، اعطاه المستودع حصته . وان كانت من القيميات ، لا يعطيه اياها ✱

هذا اذا اتيا بالوديعة حاملين لها وسلماها كذلك اما اذا سلمها احدهما بحضرة الآخر ، فظاهر انه يدفعها لمن سلمه ، وحضور الآخر لا يقتضي كونه مودعاً لجواز ان يكون شاهداً له ونحوه (افاده الطحطاوي عن خط المقدسي)

واعلم ان هذه المسئلة من مسائل المتون . ففي متن القدوري : واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه ، لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقالا يدفع اليه نصيبه اه .

وفي الهداية عن الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلاً الفاً فغاب اثنان ، فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده . وقالا له ذلك اه ومثله في متن الملتقى والكنز والوقاية والغرر والتنوير .

قال الزيلعي : والخلاف في ذوات الامثال ، وفي غيرها ليس له ذلك بالاجماع —

لما ان الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه ، كما في الدين المشترك .
وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم اليه . ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ما قاله
مروي عن علي رضي الله عنه ، ولأن المودع لا يملك القسمة بينهما ، ولهذا لو دفع
اليه نصفها لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ
بحصته بالاجماع . فاذا لم يقع قسمة ، لا يجوز له ان يدفع نصيب الغائب اليه
لعدم اذنه بذلك ، فيكون متعدياً بالدفع ، فيضمن نصفه ، بخلاف الدين المشترك ،
لأنه يطالبه بتسليم حق المديون لا بتسليم حق نفسه ، لأن الديون تقضى بامثالها

وروي ان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي الفاً فخرج احدهما فطلبه
منه فاعطاه ثم خرج الآخر وطالبه ، ولعلهما تواطئا على ذلك ، فتحير الحمامي وذهب
الى ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، فقال له قل لا اعطيك حتى يحضر صاحبك ،
فانقطع اه باختصار . وهكذا صرح في الدرر ومجمع الانهر انه لو دفع للحاضر نصيبه
يضمن نصفه على قول الامام .

لكن في البحر ما نصه : واشار ، يعني صاحب الكنز ، بقوله « لم يدفع »
الى انه لا يجوز ذلك ، حتى لو خاصمه الى القاضي ، لم يأمره بدفع نصيبه اليه في
قول ابي حنيفة ، والى انه لو دفعه اليه لا يكون قسمة اتفاقاً ، حتى لو هلك الباقي
رجع صاحبه على الآخذ بحصته ، والى ان لاحدهما ان يأخذ حصته منها اذا ظفر
بها ، والى انه لو دفع وارتكب الممنوع ، لا يضمن .

وفي فتاوي قاضي خان ما يفيده ، ولفظه : ثلاثة اودعوا رجلا مالاً وقالوا لا
تدفع المال الى احد منا حتى نجتمع ، فدفع نصيب احدهم ، قال محمد : في القياس
يكون ضامناً ، وبه قال ابو حنيفة . وفي الاستحسان لا يضمن ، وهو قول ابي يوسف اه ـ
فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان ، فكان هو المختار اه ما في البحر . ونقله في
المنح واقره ، وتبعهما في الدر المختار ، حيث قال ، بعد قول صاحب التنوير « ولو
اودعا شيئاً لم يدفع المودع الى احدهما حظه في غيبة صاحبه » ما نصه : ولو دفع ،
هل يضمن ؟ في الدرر نعم ، وفي البحر الاستحسان لا ، فكان هو المختار اه .

قال محشيه الطحطاوي : كيف يكون هو المختار مع ان سائر المتون على قول
الأمام (قاله المقدسي) قال الشيخ قاسم : اختار قول الامام النسفي والمحبوبي

وصدر الشريعة اه .

اقول : ويمكن ان يقال ان ما في المتون ليس فيه تصريح بالضمان ولا بعدمه لو دفع للحاضر حصته ، ولذا جعلها صاحب البحر مشيرة الى ان المودع لو دفع وارتكب الممنوع ، لا يضمن . فافاد ان قول الامام الذي مشت عليه المتون هو من حيث عدم الضمان بالدفع موافق لقولهما ، وان كان بين القولين مخالفة من حيث ان القاضي عند مخاصمة الحاضر للمودع لا يجبره على الدفع عنده ، ويجبره عندهما ، فيكون ما اورده المقدسي غير وارد ، كما لا يخفى .

و يؤيد هذا قول الجامع الصغير على ما قدمناه آنفاً عن الهداية : فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده ، وقالا له ذلك اه فإنه يشير الى ان المودع لا يجبر على الدفع على قول الامام ، وعدم الجبر يقتضي انه مختار بين الدفع وعدمه . وكذا ما نقله الشلبي عن مختصر الطحاوي حيث قال : ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم او ما سواها مما يقسم ثم جاء احدهم يطلب نصيبه ولم يحضر صاحباه ، لم يكن عليه ان يعطيه شيئاً منها . وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، و به نأخذ . وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: عليه ان يعطيه ثلثها (الى هنا لفظ الطحاوي اه) فإنه لا يفيد الا ان المودع مخيّر بين الدفع وعدمه على قوله واذا كان كذلك ، فكيف يضمن لو دفع؟

ثم ما قرره صاحب البحر فيه نظر من وجه آخر ، وهو ان ما نقله عن فتاوي قاضيخان لا يفيد هذا المدعي اصلا ، لانه قد اثبت الخلاف بين الامام وصاحبيه في الضمان ، بل غاية ما افاد ان قولهما بعدم الضمان استحسان . وقد علمت مما تقدم عن المقدسي وعن العلامة قاسم ان ساير المتون على قول الامام، وان المشايخ قد اختاروه . وتقدم ايضاً قول الطحاوي في مختصره « و به نأخذ » فلا يفيد كون قولهما « وهو الاستحسان » انه هو المختار ، اللهم الا ان يقال ان زيادة قاضيخان في تصوير المسئلة قوله « وقالوا لا تدفع المال الى احد منا حتى نجتمع » ربما يفيد انه لو لم يقولوا ذلك لا يكون الخلاف ثابتاً ، بل يكون متفقاً على عدم الضمان بالدفع .

وقد اشار الى هذا العلامة الطحطاوي نقلاً عن الحموي حيث قال: وقد صوّر الوديعة من اكثر من واحد في الخانية . لكن زاد في التصوير قوله « وقالوا لا تدفع المال الى احد منا حتى نجتمع اه » فلو لم يقولوا ذلك ، هل يضمن بالدفع ؟ اى

بناء على الاستحسان ؟ = ظاهر تمهيدهم به انه لا يضمن اه .

لكن قول البحر ، بعد عبارة قاضي خان «فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان » لا يناسب هذا التقرير ؟

والحاصل ان كلام البحر هنا مضطرب عريٌ عن التحرير ، ولم ار من حرر هذا المقام بما يشفي الاوام ، و يزيل الشكوك والأوهام.

اذ تمهد هذا تعلم ان ما ذكر في هذه المادة يحتمل ان يكون جاريا على قول الامامين ، وهو انه يجبر على دفع حصة الطالب في غيبة الآخر حتى لو امتنع من دفع حصته ، يكون ضامناً لها . لكن قد علمت ان قول الامام هو المرجح ، وعليه مشت المتون . ويحتمل ان يكون جاريا على ما اعتمده في الدر تبعاً للبحر والمنح ، من انه وان كان قول الامام انه لا يدفع للطالب حصته في غيبة الآخر ، الا ان المستودع لو ارتكب الممنوع على قول الامام ودفع للطالب حصته من الوديعة لا يكون ضامناً ، فيكون معنى قول هذه المادة « اعطاه المستودع » ان له ان يعطيه ، بمعنى انه مخير بين الاعطاء وعدمه ، فهو لا يضمن ، سواء اعطى او منع ، فلا تكون هذه المادة خارجة عن قول الامام التي مشت عليه عامة المتون ، فليتدبر .

وفي الهندية عن المنتقى : لو دفع المودع الى الحاضر نصفها ثم هلك ما بقي وحضر النائب ، قال ابو يوسف رحمه الله تعالى : ان كان الدفع بقضاء فلا ضمان على احد . وان كان بغير قضاء ، فان شاء الذي حضر ، اتبع الدافع بنصف ما دفع ، و يرجع به الدافع على القابض ، وان شاء اخذ من القابض نصف ما قبض (كذا في الذخيرة اه)

وفيها عن العتابية : ولو ان احد المودعين يقيم البينة على المودع على ان الوديعة كلها له او على اقرار صاحبه وقت الايداع بذلك ، لا تسمع .

وفيها عن التتارخانية : واذا اراد المودع ان يخرج عن الضمان ، فالحيلة له في ذلك ان يقول للحاضر الذي يطالبه بعد ما دفع الى الاول « احضر خصمك حتى ادفعه اليكما » ولا يقر بالدفع اليه اه .

المادة ٧٩٧ — ❊ يعتبر مكان الايداع في تسليم الوديعة . مثلا

لو اودع ماله في استانبول يسلم في استانبول ايضاً ولا يجبر المستودع على تسليمه في ادرنه ❋

لعدم قدرته على تسليم الوديعة في ادرنه حال كونها في الاستانة ولهذا لو هلكت بعد ذلك الطلب لا يضمنها ، لانه ليس بظالم في المنع . وهذا لا فرق فيه بين ان تكون الوديعة مما له حمل ومؤنة او لا .

قال في الهندية ، معزيا للمعراج : فإن طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ، ضمن . واما اذا لم يقدر على تسليمها حال ما طلبها بأن يكون في موضع ناء لا يقدر في الحال على ردّها ، فإنه لا يضمنها اه

ولأن الواجب على المستودع بعد الطلب ان يخلي بين المودع والوديعة ، لا الحمل والرد ، لما في الدر متناً وشرحاً : دفع الى رجل الفاً وقال ادفعها اليوم الى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت ، لم يضمن ، اذ لا يلزمه ذلك ، كما لو قال له احمل الوديعة الي فقال افعل ولم يفعل حتى مضي اليوم وهلكت ، لم يضمن ، لأن الواجب عليه التخلية اه .

وفي الفصول العمادية : المودع اذا طلب الوديعة في ايام الفتنة ، فقال المودع لا اصل اليها الساعة فاغير على تلك الناحية وقال المودّع اغير عليّ الوديعة ايضاً ، قال ابو بكر رحمه الله تعالى : ان لم يقدر المودع على ردّها لبعدها او لضيق الوقت ، فلا ضمان . والقول قوله فيه ، والا ضمن اه .

ثم ان مؤنة ردّ الوديعة على المالك لا على المودع . وان نقلها في بلدة من محلة الى محلة ، كانت مؤنة الرد على صاحبها بالاتفاق . واذا سافر بالوديعة في الموضع الذي يجوز له السفر بها ، تكون الأجرة على المالك (كذا في الهندية)

ومقتضى اطلاق هذه المادة انه لو سافر المستودع بالوديعة الى ادرنة في موضع يجوز له السفر بها ثم طلب المالك ردّها اليه في استانبول ، انه يجبر المستودع على ذلك . والظاهر مما تقدم عن الهندية ان مؤنة حملها الى استانبول على مالكها ايضاً ، ولم اره الآن صريحاً ، فليراجع .

المادة ٧٩٨ - ﴿ منافع الوديعة لصاحبها . مثلاً نتاج حيوان الوديعة اي فلوه ولبنه وشعره لصاحب الحيوان ﴾

الظاهر من اطلاق المنافع انه لا فرق بين ان تكون زيادة متولدة كالفلو واللبن والشعر ، او غير متولدة كالأرش والعقر والاجرة ، وانه يجري على تلك الزيادة الاحكام الجارية على اصل الوديعة من وجوب الحفظ والضمان عند الاستهلاك او التفريط في الحفظ ، وكذا بقية ما مرّ من الاحكام .

وفي الهندية : ولو حمل الفحل على الوديعة فنتجت ثم هلكت من ذلك ، ضمن ، والولد للمالك (محيط السرخسي)

المادة ٧٩٩ = ﴿ اذا كان صاحب الوديعة غائباً ففرض الحاكم من الدراهم المودعة نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة الانفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقة المفروضة من الدراهم المودعة ، لا يلزم الضمان . واما اذا صرف بدون اذن الحاكم ضمن ﴾

قال في الخانية : رجلٌ غاب فجاءت امرأته الى القاضي واحضرت والد زوجها وادعت عليه ان للغائب وديعة في يد ابيه وطلبت النفقة من ذلك المال ، قال الشيخ الامام ابو بكر رحمه الله تعالى : اذا كان في يد والد الزوج دراهم او ما يصلح لنفقة الزوجات من طعام او كسوة والاب مقرّ بأن ذلك في يده ، كانَ للمرأة ان تطلبه والقاضي ان يأمره بدفع ذلك اليها ، وليس للاب ان يدفع ذلك اليها بغير امر القاضي . فان دفع بغير امره ، كان ضامناً . وان انكر الاب كون ذلك في يده ، كان القول قوله ، ولا يمين لها عليه ، لانها تريد ان تثبت مالا لزوجها عنده ،

وانها ليست بوكيلة عن زوجها ، وانما يستحلف من كان خصماً . وان لم تكن الوديعة مما يصلح لنفقة الزوجات ، فلا خصومة بينهما . ولو كان للغائب دين على رجل والغريم يقر بالمال والنكاح ، فالدين بمنزلة الوديعة اه .

وحاصل المسئلة انه يشترط لفرض القاضي ان يكون من عنده المال مقراً به و بالزوجية او بالنسب . فلو كان منكراً ، لا تسمع البينة عليه ، لان من ذكر ليس بخصم في اثبات الملك للغائب ، ولا يمين عليه ، لانه لا يستحلف الا من كان خصما . وعلم القاضي بهما كاقراره بهما . وان علم القاضي احدهما يحتاج الى الاقرار بالآخر على الصحيح .

ثم ان القاضي انما يفرض في مال الغائب اذا كانت النفقة لاصوله او فروعه كطفله وولده الكبير الزمن وبنته مطلقاً ، لان هؤلاء لهم ان يأخذوا نفقتهم من ماله بغير قضاء ولا رضاء ، والقضاء في حقهم اعانة وفتوى من القاضي . واما غيرهم من الاقرباء كالاخ والعم ، فان نفقتهم انما تجب بالقضاء ، لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز . وان قال المودع ان الزوج امرني ان لا ادفع شيئاً ، فان القاضي لا يلتفت اليه ويأمره بالانفاق ولا ضمان عليه . وقبل الفرض تحلف الزوجة انه ما اعطاها نفقة ولا كانت ناشزة ، ثم يأخذ منها كفيلاً لجواز انه قد عجل لها النفقة او كانت ناشزة او مطلقة قد انقضت عدتها .

واختلف في أخذ الكفيل هل هو واجب على القاضي او حسن ؟ ذهب السرخسي الى الاول ، والخصاف الى الثاني ، وصحح الصدر الشهيد الاول لانه نصب ناظراً للعاجز ، فيجب عليه النظر اليه ، وهو في اخذ الكفيل .

وفي المستصفى ما يدل على انه يؤخذ الكفيل من الوالدين ايضاً ، وهو الظاهر ، لانه انظر للغائب .

لكن قد يقال انه انما يؤخذ منها لما تقدم . واما من الوالدين ، فانما هو لاحتمال التعجيل فقط . ومعلوم ان النفقة المعجلة للقريب اذا هلكت او سرقت ، فانه يقضي باخرى ، بخلاف الزوجة ، فليس في اخذ الكفيل من القريب احتياط للغائب ، لانه لو كان عجل ثم ادعى الوالد هلاكها ، قبل منه ولو حضر الزوج وقال كنت اوفيت النفقة او ارسلت اليها النفقة ، فالقاضي يقول له اقم البينة . فان

اقامها ، امرها القاضي برد ما اخذته لأنه ظهر عند القاضي انها اخذت بغير حق ، وللزوج الخيار : ان شاء اخذها بذلك ، وان شاء اخذ الكفيل . فان لم يكن للزوج بينة وحلفت المراة على ذلك ، فلا شيء على الكفيل . وان نكلت عن اليمين ونكل الكفيل ايضاً ، لزمها المال ، وللزوج الخيار . وان حلف الكفيل ونكلت هي او اقرت انها تعجلت نفقتها ، فالزوج يأخذ من المرأة ولا يأخذ من الكفيل ، على ما في المبسوط وشرح الطحاوي . وهو الحق .

وبعد ما امر القاضي المودع او المديون ، اذا قال المودع دفعت المال اليها لاجل النفقة ، قُبِل قوله ، ولا يقبل قول المديون الا ببينة . وينبغي ان يكون اقرارها بالقبض من المديون مغنياً عن اقامة البينة ، لانها مقرة على نفسها .

ثم انما يفرض القاضي النفقة في مال الغائب اذا كانت الغيبة مدة السفر ، فإنه فيما دونه يسهل احضاره ومراجعته . (الكل ملخص من البحر من باب النفقات)

المادة ٨٠٠ = ✵ اذا عرض للمستودع جنون بحيث لا ترجى افاقته ولا صحوه منه وكان قد استودع مالاً قبل جنونه ثم لم يوجد عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان يعطي كفيلا مليئاً ويأخذ ضمانها من مال المجنون . ثم اذا افاق المجنون فادعي رد الوديعة لصاحبها او هلاكها بلا تعدٍ ولا تقصير يصدق بيمينه و يسترد ما اخذ من ماله بدل الوديعة ✵

عبارة الهندية هكذا : ولو ان المستودع لم يمت ولكن جن جنوناً مطبقا ، وله اموال فطلبت الوديعة فلم توجد وقد يئسوا من ان يرجع اليه عقله ، كانت ديناً عليه في ماله ، ويجعل القاضي له ولياً يقبضها من ماله ويأخذ بها ضميناً ثقة من الذي يدفع اليه . فإن افاق بعد ذلك وادعى انه ردها اليه او ضاعت عنده ، او قال لا ادري ما حالها ، يحلف عليها ويرجع بماله = اه معزياً للذخيرة والينابيع .

المادة ٨٠١ — ❊ اذا مات المستودع ووجدت الوديعة عيناً في تركته تكون امانة في يد وارثه فيردها لصاحبها . واما اذا لم توجد عيناً في تركته فان اثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعة في حياته كأن قال رددت الوديعة لصاحبها او قال ضاعت بلا تعد لا يلزم الضمان . وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة وفسرها ببيان اوصافها ثم قال انها هلكت او ضاعت بعد وفاة المستودع صدّق بيمينه ولا ضمان حينئذٍ . واذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة يكون مجهلاً فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه . وكذا لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة بدون ان يفسرها و يصفها لا يعتبر قوله انها ضاعت . وبهذه الصورة اذا لم يثبت انها ضاعت يلزم الضمان من التركة ❊

الذي تحرر من كلامهم ان المودع ان اوصى بالوديعة في مرض موته ثم مات ولم توجد ، فلا ضمان في تركته . وان لم يوص ، فلا يخلو ، اما ان يعرفها الورثة او لا فأن عرفوها وصدقهم صاحبها على المعرفة ولم توجد ، لا ضمان في التركة . وان لم يعرفوها وقت موته ، فلا يخلو : اما ان تكون موجودة ، او لا . فإن كانت موجودة وثبت انها وديعة اما ببينة او اقرار الورثة ، اخذها صاحبها . ولا يتوهم انه في هذه الحالة مات مجهلاً فصارت ديناً ، فيشارك اصحاب الديون صاحبها ، لان هذا عند عدم وجودها . اما عند قيامها ، فلا شك ان صاحبها احق بها . فان لم توجد ، فحينئذٍ هي دين في التركة وصاحبها كسائر غرماء الصحة . وان وجد بعضها وفقد بعضها فان كان مات مجهلا اخذ صاحبها الموجود ورجع بالمفقود في التركة ، والا

اخذ الموجود فقط . وإن مات وصارت ديناً ، فان كانت من ذوات الامثال ، وجب مثلها ، والا فقيمتها . فعليك بحفظ هذا التحرير والله سبحانه اعلم (كذا في تنقيح الحامدية معزياً لفتاوي التمرتاشي)

ثم نقل عن فتاوي قارئ الهداية : اذا اقام المودع بينة على الايداع وقدمات المودع مجهلاً ولم يذكرها في وصية ولا ذكر حالها لورثته ، فضمانها في تركته . فإن اقام بينةً على قيمتها ، اخذت من تركته . وان لم تكن له بينة على قيمتها ، فالقول فيها قول الورثة مع يمينهم ، ولا يقبل قول الورثة ان مورثهم ردها ، لانه لزمهم ضمانها فلا يبرؤن بمجرد قولهم من غير بينة شرعية على ان مورثهم ردها اوعلى ان مورثهم قال في حياته انه ردها او هلكت — اه ملخصاً .

لكن قوله « ولا يقبل قول الورثة ان مورثهم ردها الخ » يشكل عليه ما في تنقيح الحامدية عن حاشية الاشباه للبيري ، معزياً لمنية المفتي ، ونصه : وارث المودع بعد موته اذا قال ضاعت في يد مورثي ، فإن كان هذا في عياله حين كان مودعاً ، يصدق . وان لم يكن في عياله لا اه . فأما ان يكون ما تقدم محمولاً على ما اذا كان الوارث ليس في عيال المودع ، واما ان يكون ما في منية المفتي خلاف الصحيح ، كما تنبئ عنه عبارة جامع الفصولين ، وهي . لو مات المودع مجهلاً ، ضمن ، يعني اذا مات ولم يعلم حال الوديعة . اما اذا عرفها الوارث والمودع ، يعلم انه يعرف فمات ، لم يضمن . ولو قال الوارث انا علمتها وانكر الطالب لو فسرها بأن قال كانت كذا وكذا وقد هلكت ، صدق ، لكونها عنده (كذا في العدة)

وفي الذخيرة : قال ربها : مات مجهلاً وقال ورثة المودع كانت قائمة ومعروفة وقد هلكت بعد موته ، صدق ربها — هو الصحيح ، اذ الوديعة صارت ديناً في التركة في الظاهر ، فلا تصدق الورثة اه .

قال في تنقيح الحامدية ، بعد نقله : يمكن التوفيق بينهما ، اي بين ما في العدة وما في الذخيرة ، بأن الوارث يصدق اذا فسرها وقال هي كذا وكذا ، لا بمجرد قوله كانت قائمة ومعروفة . فليتأمل اه .

اقول : وانظر ما اذا فسرها وقال هي كذا وكذا وكذبه صاحبها فيما فسرها به ، والظاهر انه لا يقبل قول الوارث حينئذ .

وفي التنقيح ايضاً ، عن حاشية الحموي على الاشباه : سئل العلامة عمر بن نجيم عمّا لو قال المريض عندي ورقة في الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا اعرف قدرها ، فمات ولم توجد ، فأجاب بأن هذا من التجهيل ، لقوله في البدائع : هو ان يموت قبل البيان ولم تعرف الامانة بعينها اه وفيه تأمل . اه كلام الحموي . ولينظر ما وجه التأمل . اه كلام التنقيح .

اقول : وجه التأمل ظاهر ، وهو ان قول المريض « عندي ورقة في الحانوت الخ » يكفي بياناً لحال الوديعة ، فلا يكون مجهلا . وتفسير مقدار الوديعة ليس شرطاً لبيان حالها ، اذ قد لا يعرف المودع مقدار الوديعة ، فتأمل .

❊ فرع ❊

رجلان اودعا رجلا الف درهم فمات المستودع وترك ابناً فادعى احد الرجلين ان الابن استهلك الوديعة بعد موت ابيه وقال الآخر لا ادري ما حالها ، فالذي ادعى على الابن الاستهلاك ، فقد ابرأ الأب منها ، حيث زعم ان اباه مات وتركها قائمة بعينها ، فاستهلكها ابنه وادعى الضمان على الابن ، فصدق في حق الاب ولم يصدق في حق الابن الا ببينة ، حتى لا يقضي له على الابن بشيء . واما الآخر ، فله خمسماية درهم في مال الميت ، لوجود التجهيل في حقه ، ولا يشاركه صاحبه فيها . كذا في الهندية معزياً للتتارخانية والمحيط .

لو قال المودع لرب الوديعة : قد رددت بعض الوديعة ومات ، كان القول قول صاحب الوديعة في مقدار ما اخذ ، مع يمينه ، لأن الوديعة صارت ديناً من حيث الظاهر ، فيكون القول قول صاحب الوديعة في مقدار ما اخذ بيمينه اه (خانية)

❊ تنبيه ❊

ليس ما ذكر في هذه المادة من الحكم خاصاً بالمستودع ، بل كل امين مات مجهلاً لما في يده من الأمانة ، يضمن . فأحد الشريكين او المتفاوضين لو مات مجهلا لما في يده من المال المشترك ، يضمن نصيب شريكه على الصحيح . وما في الفتح من انه لا يضمن ، ضعيف . وكذا المرتهن اذا مات مجهلا للرهن ، يضمن

ما زاد منه على قدر الدين ، كما في الانقروية وغيرها . وكذا الوكيل اذا مات مجهلا لما امر بدفعه لآخر كما في الحامدية والخيرية . وكذا المستأجر اذا مات مجهلا لما قبضه من الدابة المستأجرة ، كما في اجارة البزازية .

نعم استثنوا من ذلك مسائل مذكورة في الاشباه وشروحها والدر وحواشيه ، منها : القاضي اذا مات مجهلا لمال اليتيم ، يعني عند من اودعه ، لانه لو وضعه في بيته ومات مجهلا ، ضمن لانه مودع — بخلاف ما لو اودع غيره ، لأن للقاضي ايداع مال اليتيم على المعتمد (كذا في الدر والاشباه)

وفي جامع الفصولين ، من السابع والعشرين : لو وضع قاض مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً ، ضمن لانه مودع . ولو دفعه القاضي الى قوم ثقة ولا يدري الى من دفع ، لم يضمن ، اذ المودع غيره اه .

ومنها : الوصي اذا مات مجهلا لمال اليتيم ، كما في الدر وغيره . وينبغي ان يقيد هذا بما اذا لم يضعه في بيته ، كما قيدوا ذلك في القاضي ، لاتحاد العلة فيهما ولأن ولاية الوصي مستمدة من القاضي او الاب ، فضمانه بالاولى ، لا سيما في هذا الزمان

وفي البزازية : اذا قبض الوصي مال اليتيم ووضعه في منزله ولا يدري اين وضعه ومات ، يضمن ، الا اذا قال للقاضي حال حياته : ضاع او انفقته عليه ، فانه لا يضمن اه .

ومثل الوصي الاب والجد او الاب اذا ماتا مجهلين لمال الابن او ابن الابن ، لا يضمنان على الصحيح — الا اذا كان الاب ممن يأكل مهور البنات ، كالفلاحين والاعراب ، فالقول بتضمينه اذا مات مجهلا ظاهر ، لانه غاصب من اول الامر ، لأنه انما قبض المهر لنفسه لا لبنته ، كما في الخيرية والحامدية .

ومنها اذا مات مجهلا لما القته الريح في بيته او لما وضعه مالكه في بيته بغير امره ، لعدم التزامه الحفظ .

ومنها اذا مات الصبي مجهلا لما اودع عنده محجوراً .

ومنها ناظر وقف المسجد اذا قبض غلات الوقف ثم مات مجهلا ، فانه لا يضمن ، كما في الخانية وغيرها . واما ناظر وقف له مستحقون مالكون لغلته ، فان مات

مجهلاً بعد طلب المستحقين انصباءهم ، فلا كلام في ضمانه ، لأنه كان ظالما بعدم الدفع لهم ، فكان كالغاصب . والا ففيه اختلاف المشايخ . وما عليه مشايخ المذهب انه يضمن ، وهو الذي يقتضيه تقييد قاضي خان عدم الضمان في ناظر وقف المسجد . وينبغي ان يلحق بغلة المسجد ما اذا شرط ترك شيء في يد الناظر للعمارة .

وهذا كله في غلة الوقف . اما لو مات مجهلا لمال البدل ، اي لثمن الارض المستبدلة ، على القول بجواز الاستبدال بالدراهم والدنانير ، او لعين الوقف كالدراهم الموقوفة ، على القول بجواز وقفها اذا جرت به العادة كما جرت في ارض الروم ، فانه يضمن بموته مجهلا ، كما في البحر والاشباه والمنح

وهذا ملخص ما في الدر وحواشيه والحامدية ، وتمامه فيها .

المادة ٨٠٢ - ✻ اذا مات المودع تسلم الوديعة لوارثه . لكن اذا كانت التركة مستغرقة بالدين يرفع الأمر الى الحاكم . فان سلمها الى الوارث بدون اذن الحاكم فهلكت ضمن المستودع ✻

عبارة الهندية ، آخر الفصل السابع في رد الوديعة : واذا مات رب الوديعة ، فالوارث خصم في طلب الوديعة ، كذا في المبسوط . فان مات ولم يكن عليه دين مستغرق ، يرد على الورثة ، وان كان يدفع الى وصيه (كذا في الوجيز الكردري)

وفي الخانية : ولو قال بعد موت المودع : رددتها على الوصي ، كان القول قوله مع اليمين ، ولا يضمن اه = فأفاد انه بالدفع الى الوصي يبرأ ، فالظاهر ان اشتراط اذن الحاكم ، عند عدم وجود الوصي ، تأمل .

وفي فتاوي الانقروي ، معزيًا للثاني والعشرين من الفصول الاستروشنية : المودع اذا دفع المال الى ورثة المودع بغير امر القاضي ، والتركة مستغرقة بالدين ، كان ضامنًا . وهذا الجواب صحيح اذا كان الوارث ممن يخاف عليه استهلاك المال . اما اذا لم يكن كذلك ، فيكون له اخذه وقضاء دينه اه .

ثم لو لم يكن في التركة دين وكان الوارث اثنين او اكثر ، فالواجب على

المستودع ان يسلم كل واحد من الورثة حصته من الوديعة ان كانت قابلة للقسمة . والا فتسلم لهم جميعاً . وان سلمها المستودع الى احدهم ، ضمن حصة الآخرين . هذا ما نقله الشارح سليم باز عن فتاوي علي افندي ، فلتراجع .

ويؤيده ما في اواخر الفصل الثامن والعشرين من الفصولين : اودع رجلا مالاً ، وقال ان مت فادفعه الى ابني ، فدفعه اليه وله وارث غيره ، ضمن نصيبه ، فلا يكون بهذا وصياً . ولو قال فادفعه الى فلان غير وارث ، ضمن ان دفع اليه اهـ

بقي شيء : وهو انه اذا ضمن المستودع قيمة الوديعة للغرماء فيما اذا كانت التركة مستغرقة ودفعها الى الوارث او حصة الورثة الباقين فيما اذا دفعها لاحدهم ، هل يرجع على المدفوع اليه الوديعة بما ضمنه ؟ — لم اره ، فليحرر .

وفي الفصل المذكور من الفصولين ، ما نصه : ولو كان مال الميت وما عند الميت من الودائع كلها وديعة عند رجل اودعها الميت ، ودينه محيط بماله او لا دين عليه فدفعها المودع الى بعضهم بلا قضاء ، ضمن المودع والوارث . فرقٌ بين هذا وبينما لو كانت الاموال في منزل الميت فأخذها بعض ورثته ليقضي دينه ، او اخذ الودائع من منزله ليردها الى ملاكها ، حيث لم يضمن استحساناً ، وضمن الاجنبي بكل حال ، الا اذا كان ملقى على قوارع الطريق فقبضه الاجنبي لا يضمن اهـ ==

فان قوله « ضمن المودع والوارث » صريح في ان الوارث المدفوع اليه ضامن ايضاً ، فلا يكون مودع المودع .

لكن يشكل عليه ما في حاشية الرملي على الفصولين ، معزياً للخلاصة : احد الورثة اذا قبض شيئاً من التركة فضاع ، ضمن ما كان حصة غيره ، الا في موضع يخاف الضيعة . والوصي يقبض مطلقاً . واحد الورثة لو قبض ديناً للميت على رجل او وديعة له عند رجل فضاع عنده ، لم يضمن وله القبض اهـ فتأمل وراجع .

وفي الفصل المذكور من الفصولين : ولو ترك ودائع واموالا فقبضها بعض ورثته ولم يأمر بقيتهم ولا الحاكم ، لم يضمن استحساناً لو دينه محيطاً ، اذ له الحفظ ، فصرف قبضه الى الحفظ لا الى التملك ، اذ الاحاطة تنافي الملك . فلو لم يكن عليه دين ، ضمن حصة باقيهم ، لو كانت التركة في موضع لا يخاف عليها ، لقبضه ملكا مشتركا فتعدى . واما لو يخاف عليها ، ضمن قياساً لا استحساناً (شجى) ضمن لولا دين

الاّ اذا قبضها ضرورة . ككون باقيهم صغاراً عاجزين عن الحفظ فحينئذ لم يضمن اه .

المادة ٨٠٣ - ﴿ الوديعة اذا لزم ضمانها فان كانت من المثليات تضمن بمثلها وان كانت من القيميّات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان ﴾

يعني يوم وقوع تعدي المودع على الوديعة ، لانه بذلك صار غاصباً . ففي المنح وغيره : المودع بالتعدي على الوديعة غاصب اه .

وقد ذكر في الدر وغيره من كتاب الغصب انه يجب رد مثل المغصوب ان هلك . وهو مثلي ، وان انقطع المثل فقيمته يوم الخصومة ، يعني وقت قضاء القاضي بها . وعند ابي يوسف يوم الغصب ، وعند محمد يوم انقطاع المثل . وكلها مصححة ، والاول قول ابي حنيفة ، وعليه المتون .

ومعنى انقطاع المثل ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت . هذا في المثلي ، واما في القيمي فتجب قيمته يوم غصبه اجماعاً .

وفي فتاوي الانقروي عن البدائع : ولو اتلف شيئاً من ذوات الامثال ، وهو جيّد فانقطع من ايدي الناس نوع الجيد ولا يوجد الا الرديء منه ، ليس له الاّ ان يأخذه ، اي الرديء او قيمة الجيد اه .

وافاد في الخانية انه لو غصب رجل عيناً فلقيه المغصوب منه في بلدة اخرى ، وقد كان العين المغصوب قد هلك وهو من ذوات الامثال ، فان كان السعر في المكان الذي التقيا فيه مثل السعر في مكان الغصب او اكثر ، فإنه يبرأ برد المثل . وان كان السعر في هذا المكان اقل ، فالمالك بالخيار : ان شاء اخذ قيمة العين في مكان الغصب وقت الغصب ، وان شاء انتظر ولو كانت القيمة في مكان الخصومة اكثر ، يخير الغاصب : ان شاء اعطى مثله في مكان الخصومة ، وان شاء اعطاه قيمته يوم غصب ، الا ان يرضى المغصوب منه بالتأخير . وان كانت القيمة في المكانين سواء كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل اه .

وفي فتاوي الانقروي من كتاب الغصب عن الفصولين : ولو هلك المغصوب ، ففي القيمي يجب للمالك قيمة بلد الغصب يوم الخصومة ، وجواب المثلي على التفصيل الخ اه . والمراد بالتفصيل ما قدمناه عن الخالية .

لكن قوله « يوم الخصومة » صوابه « يوم الغصب » كما في هامش الانقروية ، لما قدمناه آنفاً انه في القيمي تجب قيمته يوم غصبه اجماعاً ، فتدبر .

﴿ فروع ﴾

رجل في يده الف درهم ادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه ، فدعواها صحيحة . فأن ثبتت ببينة اقامها كل واحد منهما ، كانت الالف بينهما ، والا فصور المسئلة ستة : اقر لهما ، نكل لهما ، حلف لهما ، اقر لاحدهما ونكل للآخر او حلف ، نكل لاحدهما وحلف للآخر .

ففي الصورتين الاوليين يقضي بالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما .

وفي الصورة الثالثة لا شيء لهما عليه لعدم الحجة .

وفي الصورة الرابعة ، وهي ما لو اقر لاحدهما ونكل للآخر ، يقضى بها لمن اقر له ، وعليه الف اخرى لمن نكل له عند محمد ، خلافاً لأبي يوسف فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الأول ، وذلك بقضاء القاضي ، فلا يضمن . ولكن محمد رحمه الله تعالى يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للأول باقراره ثم اقر للثاني بنكوله عن اليمين بانه مودع له والمودع يكون ضامناً بالتسليط .

وفي الصورة الخامسة وهي ما لو اقر لأحدهما وحلف للآخر ، يقضي بها لمن اقر له ولا شيء للآخر ، لعدم الحجة . والتحليف للثاني في هذه الصورة ، ان يقول « بالله ما هذه العين له ولا قيمتها » لأنه لما اقر بها للاول ، ثبت له الحق فيها فلا يفيد اقراره فيها للثاني . فلو اقتصر على الاول اي على قوله « ما هذه العين له » لكان صادقاً .

وفي السادسة وهي ما لو نكل لاحدهما وحلف للآخر ، يقضى بها لمن نكل ، لقيام الحجة ، ولا شيء للآخر لعدمها . ثم ان نكل للأول لا يقضى به حتى يحلفه

للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما او لأحدهما ، كما اذا اقاما البينة — بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يحكم له به لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضاء . حتى لو قضى القاضي للأول حين نكل قبل ان يحلف للثاني ، لا ينفذ قضاؤه . ولا فرق بين ما اذا كان المدعي به نقوداً كما هو فرض المسئلة ، او عيناً كدابة ونحوها ، لأن النقود تتعين في الودائع والغصوب ، فكانت كالاعيان . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والهداية والزيلعي . وتمام تعاليل المسئلة فيها ، فلتراجع .

وفي الهندية عن غاية البيان : من كان في يده الف درهم فحضره رجلان كل واحد يدعي انه اودعه اياه وقال المودع اودعنيه احدكما ولا ادري ايكما هو ، فالمدعيان اذا اصطلحا فيما بينهما على ان يأخذا ذلك الالف بينهما ، فان لهما ذلك وليس للمودع الأمتناع من تسليم الالف اليهما . وبعد هذا الأصطلاح ليس لهما الى الاستحلاف سبيل ، ولا يمين لهما على المودع .

واما اذا لم يصطلحا ولكن كل واحد منهما يدعي ان الألف له خاصة واراد اخذه من المودع ، فليس له ذلك ، ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع ، فاما ان يحلف لهما او ينكل لهما او يحلف لاحدهما وينكل للآخر .

فان حلف لهما ، قطع دعواهما وليس لهما الى الاصطلاح واخذ الألف بينهما ، سبيل بعد الاستحلاف في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله لهما ان يصطلحا بعد الاستحلاف على اخذ الالف بينهما . وهذا ان حلف لهما واذا نكل لهما عن اليمين ، يقضى بالالف بينهما ويضمن الفاً آخر بينهما .

وان نكل لاحدهما وحلف للآخر ، قضى بالالف للذي نكل له عن اليمين خاصة ، ولا شيء للذي حلف له منهما اه .

اقول : وينبغي ان يكون تحليفه لكل منهما على العلم بأن الالف ليست له خاصة ، لانه قد اقر بأن احدهما اودعه الالف ولا يعلم ايهما هو ، فلو حلف لهما على القطع ، يكون حانثاً بيقين ، فتأمل .

لكن رأيت في الخانية بعد هذا ، ما نصها : رجلان ادعى كل واحد منهما على رجل ودبعة ويقول اودعت عنده كذا فقال المودع لا ادري ايكما استودعني ،

فانه يحلف لكل منهما انه ما اودعه عنده . فان ابى ان يحلف اعطى الوديعة لهما ويضمن لهما ، لانه اتلف الوديعة بالتجهيل اه .

وفي اواخر الباب التاسع ، في الاختلاف الواقع في الوديعة من الهندية : اودع احدهما غلاماً والاخر جارية ثم ادعى كل واحد منهما الغلام لنفسه وانكر كل واحد ان يكون اودع الجارية واقر المودع بالجارية لاحدهما بعينه وصدقه المقر له وقال المودع لا ادري ايكما اودع عندي الغلام واعلم ان احدكما اودعه لكن لا اعرف من كان منكما ، يدفع الجارية الى المقر له والغلام لهما جميعاً ، ثم يحلف المودع لكل واحد منهما انه لم يودع عنده الغلام ، ثم يضمن لهما قيمة الغلام بينهما نصفين (كذا في التتارخانية)

رجل في يده امة والف درهم ، فقال رجلان كل واحد منهما له اودعتك هذه ، فقال المودع لا ادري لأيكما هذه وابى ان يحلف لهما ، فالالف والامة بينهما نصفان ، وعليه قيمة امة والف آخر بينهما (كذا في محيط السرخسي) فتأمل عند الفتوى ولا تعجل .

وفيها عن الفتاوى العتابية : ولو اودعه كل واحد الفاً فهلك الف ولا يدري مال من هلك ، فلا خصومة لهما حتى يدعيا . فان ادعى كل واحد ان القائم ماله ، حلف المودع لكل واحد . فان حلف لهما ، اخذ القائم ولا سبيل لهما عليه . وان نكل لهما ، اخذاه ولكل واحد خمسماية اخرى (كذا في التتارخانية)

قال رب الوديعة للمودع ادفع الوديعة الى فلان ، فقال دفعت ، وكذبه فلان ، صدق المودع مع يمينه ، لأنه امين .

قال المودع لا ادري كيف ذهبت ، لا يضمن على الأصح ، كما لو قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت (تنوير)

ومثله ما اذا قال لا ادري اضاعت ام لم تضع ، فان القول قوله ، كما في جامع الفصولين ونور العين وغيرها .

وعبارة الفصول العمادية : ولو قال لا ادري اضاعت او لم تضع ، لا يضمن . ولو قال لا ادري اضيعتها او لم اضيع يضمن اه — اي لانه نسب الاضاعة لنفسه . فما فى الدر من انه لو قال « لا ادرى اضاعت ام لم تضع يضمن اه » فيه نظر كما

نبه عليه المحشون ، فافهم .

وفي الهندية عن النوازل : اذا قال المودع سقطت الوديعة او وقعت مني ، لا يضمن . ولو قال اسقطت او تركتها ، يضمن .

قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى: لا يضمن في الوجهين، لأن المودع لا يضمن بالاسقاط اذا لم يترك الوديعة ولم يذهب . والفتوى عليه (كذا في الخلاصة)

اذا قال دفنت الوديعة في داري او كرمي ونسيت مكانها ، لم يضمن اذا كان للدار والكرم باب . ولو قال دفنت في موضع آخر ونسيت مكانه ، يضمن (هندية عن الخلاصة)

قال : وضعتها في داري فنسيت المكان ، لا يضمن . ولو قال وضعتها في مكان حصين فنسيت الموضع ، ضمن لانه جهل الامانة كما لو مات مجهلا (صح) وقيل لا يضمن ، كقوله ذهبت ولا ادري كيف ذهبت .

ولو قال دفنت في داري او في موضع آخر ، ضمن ولو لم يبين مكان الدفن . ولكنه لو قال سرقت من مكان دفنت فيه ، لم يضمن (كذا في رد المحتار عن نور العين ، وتمامه فيه)

القي دراهم الوديعة في الجيب فلم تقع في الجيب وهو ظن انها وقعت فضاعت، ضمن (خلاصة) ومثله في الهندية عن المحيط ، خلافاً لما في التكملة عن نور العين

وان نام المودع وجعل الوديعة تحت رأسه او تحت جنبه فضاعت ، فلا ضمان عليه . وكذلك اذا وضعها بين يديه ، وهو الصحيح، واليه مال شمس الائمة السرخسي

قالوا : انما لا يجب الضمان في الفصل الثاني اذا نام قاعداً : اما اذا نام مضطجعاً، فعليه الضمان . وهذا اذا كان في الحضر . اما اذا كان في السفر ، فلا ضمان ، نام قاعداً او مضطجعاً .

سئل ابو القاسم عمن جعل ثياب الوديعة على دابته فنزل عن دابته في بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه ونام عليها فسرقت الثياب ، قال إن اراد به الترفق ، ضمن . وان اراد به التحفظ ، لم يضمن . وان كان مكان الثياب كيس فيه دراهم ، لم يضمن (كذا في الهندية عن المحيط والحاوي)

وفيها : الوديعة اذا كانت قراماً فأخذها المودع وصعد بها السطح ونستر بها فهبت بها الريح واعادتها الى المكان الذي كانت فيه من البيت ، لا يبرأ عن الضمان، لأنه لم يوجد منه القصد الى ترك التعدي اه ٠

وفيها : ولو طلب الوديعة فقال ما اودعتني ثم ادعى الرد او الهلاك، لا يصدق ٠ ولو قال ليس له عليّ ثم ادعى الرد او الهلاك ، يسمع اه ٠

وفيها: ولو قال المودع انها قد ضاعت ثم قال بعدذلك بل كنت رددتها اليك لكني اوهمت ، لم يصدق ، وهو ضامن (كذا في البدائع)

ولو قال المودع : ضاعت الوديعة منذ عشرة ايام فأقام المودع بينة انها في يده منذ يومين فقال المودع وجدتها ثم ضاعت ، قبل منه (كذا في الملتقط)

وفيها : رجلٌ اودع رجلاً الف درهم ، ثم قال اني امرت فلاناً بقبضها منك ثم نهيته عن ذلك ، فقال المودع فلان اتاني ودفعتها اليه ، وقال فلان لم آتــه ولم اقبضها منه ، فإن المستودع بريء منها (كذا في المحيط)

وفيها : اتلف وديعة انسان ، للمودع ان يخاصم ويغرمه القيمة ٠ واذا كان عند رجل وديعة او عارية او بضاعة فغصبها منه رجل ، فهو خصمه فيها عندنا اه٠

وفيها : رجل اودع وديعة عند رجل فضاعت فلما طلبها صاحبها ادعى انها هلكت فانكر المالك فحلف المودع على هلاك الوديعة فنكل عن اليمين فاعطى مائة دينار الى المالك ثم ظهرت الوديعة في يد آخر فاراد المستودع ان يخاصمه ويأخذه ، ينظر الى دفع المائة بقول ايهما كان ٠ فإن كان رب الوديعة قال كانت قيمة الوديعة مائة واقام البينة عليه ، فإن المخاصمة الى المستودع ٠ لكن المستودع اذا استردها من صاحب اليد ، له ان يردّها الى رب الوديعة ويأخذ المائة منه ، لأنه ما كان راضياً بأن يتملكها بهذا القدر ٠ وان كان المستودع قال كانت قيمتها مائة وحلف على ذلك ، فالخصومة الى رب الوديعة (كذا في جواهر الفتاوي)

رجل دفع الى دلال ثوباً ليبيعه ، فقال الدلال وقع مني الثوب وضاع ولا ادري كيف ضاع ، قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى: لا يضمن ٠ ولو قال نسيت ولا ادري في اي حانوت وضعته ، يكون ضامناً (خانيــة)

وفيها : رجل اودع كيساً فيه دراهم عند رجل ولم يزن ثم ادعى صاحب الوديعة الزيادة ، قالوا : لا ضمان عليه ولا يمين حتى يدعي عليه الخيانة او التضييع او نحو ذلك اه ٠

ـ الباب الثالث ـ

﴿ في العارية ويشتمل على فصلين ﴾

الفصل الاول

﴿ في المسائل المتعلقة بعقد الاعارة وشروطها ﴾

واما اشتقاقها ومشروعيتها وتفسيرها عرفاً وشرعاً ، فقد تقدم بيانه في المادة (٧٦٥) وشرحها ٠

قال في الدر : ومحاسنها النيابة عن الله تعالى في اجابة المضطر ، لانها لا تكون الا لمحتاج ، كالقرض ٠ ولهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر اه ٠

وفي مجمع الأنهر : وسببها التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع ٠ وقدمنا ان مشروعيتها بالكتاب والسنة والاجماع ٠

قال في مجمع الانهر : وانما اختلفوا في كونها مستحبة ، وهو قول الاكثر ، او واجبة ، وهو قول البعض اه ٠

المادة ٨٠٤ = ﴿ الاعارة تنعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي ٠ مثلاً لو قال شخص لآخر اعرتك مالي هذا او قال اعطيتك اياه عارية فقال الآخر قبلت او قبضه ولم يقل شيئاً او قال رجل لانسان اعطني هذا المال عارية فاعطاه اياه انعقدت الاعارة ﴾

افادت هذه المادة انه كما يصح القبول بالتعاطي ، يصح الايجاب به ايضاً • ويخالفه ما في رد المحتار ، حيث قال عند قول صاحب الدر « افاد بالتمليك لزوم الايجاب والقبول ولو فعلا » ما نصه : قوله « ولو فعلاً » اي كالتعاطي ، كما في القهستاني • وهذا مبالغة على القبول : واما الايجاب ، فلا يصح به • وعليه يتفرع ما سيأتي من ان قول المولى خذه واستخدمه من غير ان يستعيره المدفوع اليه ، لا يكون اعارة • والظاهر ان هذا هو المراد بما في الهندية •

وركنها ، يعني الاعارة ، الايجاب من المعير • واما القبول من المستعير ، فليست بشرط عند اصحابنا الثلاثة اهـ — اي القبول صريحاً غير شرط ، بخلاف الايجاب • ولهذا قال في التتارخانية ان الاعارة لا تثبت بالسكوت اهـ والا لزم ان لا يكون اخذها قبولاً • اهـ ما في رد المحتار • وذكر قريباً منه في حاشية (ط) ايضاً :

وهذا يقتضي ان الاعارة لا تنعقد في المثال الاخير ، وهو ما لو قال رجل لانسان اعطني هذا المال عارية واعطاه اياه ، لانه لم يوجد الايجاب الصريح من المعير • نعم لو كان قال المعير بعد قول الرجل « اعطني هذا المال عارية » « خذه » ونحو ذلك ، يكون ذلك ايجاباً بالاقتضاء ، حيث وقع جواباً عن طلب الاعارة ، و يكون قبض المستعير بعده قبولا بالتعاطي • ولذا كان قول المولى « خذه واستخدمه » بعد ان استعاره المدفوع اليه ، ايجاباً ، يعني بالاقتضاء ، كأنه قال اعرتك فخذه — بخلاف ما اذا قال ذلك من غير ان يستعيره المدفوع اليه ، فليتأمل وليحرر •

وفي الهندية : واما ركنها فهو الايجاب من المعير • واما القبول من المستعير ، فليس بشرط عند اصحابنا الثلاثة • والايجاب هو ان يقول اعرتك هذا الشيء او منحتك هذا الثوب او هذه الدار ، او قال هو لك منحة ، او اطعمتك هذه الارض او هذه الارض لك طعمة ، او اخدمتك هذا العبد او حملتك على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة ، اوداري لك سكنى او داري لك عمري سكنا (كذا في البدائع)

والاصل في هذا انه اذا اضاف هذه الالفاظ الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، فهو تمليك للمنفعة دون العين • واذا اضافه الى ما لا ينتفع به الا باستهلاك عينه ، فهو تمليك للعين ، فيكون قرضاً (كذا في السراج الوهاج)

وفيها : لو قال ملكتك منفعة هذه الدار شهراً او لم يقل شهراً بغير عوض ،

كانت اعارة . وتصح بقوله اقرضتك هذا الثوب تلبسه يوماً او اقرضتك هذه الدار تسكنها سنة اه وتمامه فيها .

المادة ٥٨ – ✻ سكوت المعير لا يعدّ قبولا فلو طلب شخص من آخر اعارة شيء فسكت صاحب ذلك الشيء ثم اخذه ذلك المستعير كان غاصباً ✻

المراد بالسكوت هنا عدم وجود ما يفيد القبول من المعير من قول وهو ظاهر ، او فعل كدفعه الشيء المستعار للمعير . وهذا بعد ان يتقدم الايجاب من المستعير .

والمراد ايضاً ان المستعير قد اخذ ذلك الشيء بدون ان يدفعه المعير اليه فلا منافاة بين هذه المادة والتي قبلها . لكن لا تنس ما كتبناه في شرح المادة السابقة

وعبارة الهندية عن الظهيرية : رجل استعار من رجل شيئاً فسكت المالك ذكر شمس الائمة السرخسي ان الاعارة لا تثبت بالسكوت اه ومثله في الخانية .

وفيها : رجل استعار من رجل ثوراً فقال له المعير اعطيك غداً فلما كان الغد اخذ المستعير الثور من بيته عند غيبته واستعمله ومات في يده كان ضامناً ، لانه اخذه بغير اذنه . واذا استعار من آخر ثوراً غدا فأجابه صاحب الثور بنعم ثم جاء المستعير غداً ولم يجد صاحب الثور فاخذ الثور من بيته واستعمله فهلك ، قال ابراهيم بن يوسف لا يُضمن ، لانه ثمة اخذ الثور من بيته وكان صاحب الثور اجابه بنعم غداً ، وها هنا قال صاحب الثور اعطيك غدا ووعد له الاعطاء وما اعاره اه . ومثله في البزازية في الثاني من العارية معللاً بقوله « لأنه لو استعار منه غداً وقال نعم انعقدت الاعارة وفي المسئلة الاولى وعده الاعارة لا غير اه»

لكن في التنوير ما يخالفه في المسئلة الاولى ، يعني مسئلة الوعد بالاعطاء ، حيث قال لا يضمن ايضاً ، فكأن المسئلة خلافية . لكن اقتصار الخانية والبزازية على الضمان مع التعليل يفيد ترجيحه .

ثم رايت في الباب الخامس من المندبة التصريح بالخلاف في المسئلة الاولى عازياً القول بالضمان الى فتاوي ابي الليث ، والقول بعدمه الى مجموع النوازل ، كما في حاشية الطحطاوي على الدر .

ولعل وجه الضمان ان ذلك وعد لا يجب الوفاء به ، فبأخذه يكون متعدياً فيضمن . ووجه عدمه انه بتعيين وقت الاعطاء يكون آذناً بالاعطاء فيه اه والتوجيه الاول اظهر من الثاني ، كما لا يخفى .

المادة ٨٠٦ – ﴿ للمعير ان يرجع عن الاعارة متى شاء ﴾

لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ المنحة مردودة والعارية مؤداة ﴾ ولان المنافع تحدث شيئاً فشيئاً . ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها ، فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث ، فله ذلك (زيلعي)

وعبارة التنوير مع شرحه الدر المختار : ولعدم لزومها يرجع المعير متى شاء ، ولو موقتة او فيه ضرر ، فتبطل وتبقى العين باجر المثل ، كمن استعار امة لترضع ولده وصار لا يأخذ الا ثديها ، فله اجر المثل الى الفطام اه .

قال في تكملة رد المحتار : ومثله ما لو استعار دابة ليغزو عليها فطلبها بعد ان وصل الى دار الشرك ولا يجد دابة يكتريها او يشتريها في ذلك المحل ، بطلت العارية ، ولكنها تبقى بأجر المثل الى ان يجد كراء او شراء . (كذا في المنح)

وينبغي ان يلحق بدار الحرب ما لو طلبها منه في المفازة . وان يراد بقوله « الى موضع يجد فيه كراء وشراء » اي بثمن المثل واجر المثل . حتى لو كان في مكان وصل اليه وطلب منه ازيد من اجر المثل او من ثمن المثل في الشراء ، ينبغي ان لا يكلف . وكذا لو وجد بثمن المثل او اجر المثل لكن لم يوجد معه ثمة ما يشتري او يستأجر ولا يعطونه الا حالا ، فليراجع اه .

قلت : ولا ينبغي ان يتردد في وجوب بقائها باجرة المثل فيما لو طلبها منه بالمفازة ، لأن المناط في هذا الحكم انما هو لزوم الضرر ، وذكر دار الحرب اتفاقي لا

احترازي · وقد صرحوا بلزوم بقائها بأجر المثل فيما اذا امضت مدة الاجارة في المفازة او البحر ، كما تقدم في المادة (٤٨٠) وشرحها ، فلتراجع ·

وفي الهندية عن المحيط : واذا استعار من آخر زقاقاً وجعل فيها زيتاً فأخذه في الصحراء ، فليس له ان ياخذ الزقاق ، وله اجر مثلها الى موضع يجد فيه زقاقاً فيحول زيته اه — ثم ما بحثه بقوله «وان يراد بقوله الى موضع يجد فيه الخ» يحتاج الى نقل يؤيده ، فاني لم اره الآن ·

وفي الخانية ، من باب ما يدخل في البيع تبعاً ، من الفصل الاول : رجل استأذن جاراً له في وضع جذوع له على حائط الجار او في حفر سرداب تحت داره فاذن له في ذلك ففعل ، ثم ان الجار باع داره فطلب المشتري رفع الجذوع والسرداب ، كان له ذلك ، الا اذا البائع شرط في البيع ذلك ، فحينئذ لا يكون للمشتري ان يطلب ذلك اه ومثله في البزازية من القسمة ، وبه افتى الخير الرملي خلافاً لما في الاشباه من العارية ، نقلا عن القنية ، من ان العارية لازمة في الفرع المذكور مطلقاً ، وان المشتري لا يتمكن من رفعها · حتى عبر عن القول المقابل له بقيل ·

قال السيد الحموي في حاشيته ، بعد نقل ما تقدم عن الخانية ، قال بعض الفضلاء : ينبغي اعتماد القول بعدم لزومها في الصورة المذكورة ، وللمشتري المطالبة برفعها ، الا اذا شرط البائع قرارها وقت البيع ، لقولهم ان العارية غير لازمة ، كما في الخلاصة والبزازية وغيرها ، وقد جزم بذلك صاحب الخلاصة في الفرع المذكور اه ·

ولا يخفى ان اشتراط البائع على المشتري ، بقاء الجذوع والسرداب ، ليس من قبيل البيع بشرط فيه نفع لاجنبي حتى يكون مفسداً للبيع على ما ذكره في الدر من البيع الفاسد خلافاً لما ذكره صاحب البحر ، بل هو من قبيل استثناء موضع الجذوع والسرداب من المبيع ، وهو جائز كما تقدم في شرح المادة (٢١٩) فيكون المشتري قد اشترى ما عدا ذلك ، وبه يعلم سقوط ما بحثه صاحب تكملة رد المحتار · ولهذا لم نر احداً تعرض لهذا البحث ، مع كونه ظاهراً · وانظر ما نذكره في شرح المادة الآتية ، وهي :

المادة ٨٠٧ = ﴿ تنفسخ الاعارة بموت المعير او المستعير ﴾

قال (ط) : فلورثة المعير الرجوع ، وليس لورثة المستعير الانتفاع . حتى لو استعملوها فهلكت ، ضمنوا . وهذه فائدة الفسخ كما لا يخفى اه .

قلت : وكذا بموت المعير ليس للمستعير الانتفاع ، ويضمن لو استعملها فهلكت ، لانفساخ الاعارة ، فبقيت وديعة . والمودع لا يملك منفعة الوديعة ، كما هو ظاهر . وذكر (ط) ايضاً عند ذكر مسئلة الجذوع والسرداب التي مر نقلها في شرح المادة السابقة عن الخانية والبزازية والخلاصة ، ما نصه : ومثل المشتري الوارث فيما ذكر ، لكن للوارث ان يأمر برفع الجذوع والسرداب بكل حال اه (بيري)

اي ولو مع شرط القرار وقت وضع الجذوع او وقت حفر السرداب ، بخلاف المشتري ، حيث لا يتمكن من الرفع مع هذا الشرط اه (ابو السعود)

اقول : وهذا صريح في ان المعير لو شرط حين وضع الجذوع او حفر السرداب حق القرار ، فليس للمشتري الأمر برفعها وان لم يشترط البقاء حين البيع . وعليه فكون المشتري له الرفع ، مقيد بقيدين : احدهما ان لا يشترط البائع البقاء حين البيع ، والثاني ان لا يشترط القرار حين الوضع والحفر . ولم ارَ هذا القيد لغير ابي السعود ، فليحرر .

والحاصل ان الوارث له رفع الجذوع التي وضعها المستعير بإذن مورثهم وان شرط حق القرار حين الوضع ، كما يقتضيه اطلاق البيري وغيره . واما المشتري ، فله رفعها ، الا اذا شرط البائع بقاءها حين البيع ، على ما تقدم عن الخانية وغيرها ، والاّ اذا شرط البائع حق القرار حين الوضع والحفر ، على ما افاده ابو السعود . وعليه لو لم يشرط البائع البقاء حين البيع ، لكن قد شرط له حق القرار حين الوضع او الحفر ، فالظاهر ان المشتري له خيار فسخ البيع بخيار العيب او بخيار فوات وصف مرغوب ، فيه ان لم يطلع على ذلك حين اشترى ، تدبر . قال في رد المحتار : ومنه ، اي من قول صاحب الهندية « الاّ ان للوارث ان يأمر برفع البناء على كل حال »

يعلم ان من اذن لاحد ورثته ببناء محل في داره ثم مات، فللباقي الورثة مطالبته برفعه ان لم تقع القسمة او لم يخرج في قسمه اه .

المادة ٨٠٨ — ✵ يشترط ان يكون الشيء المستعار صالحاً للانتفاع به . بناء عليه لا تصح اعارة الحيوان الناد الفار ولا استعارته ✵

لان العارية تمليك المنافع مجاناً ، ولا منفعة اصلاً للحيوان المذكور . فلو مسك المستعير بعد ذلك الحيوان الناد ، ليس له ان ينتفع به . ولو فعل فهلك ، يضمن ، لعدم صحة العارية .

ولا بد ان يكون الانتفاع بدون استهلاك عينه ولهذا قالوا ان عارية الثمنين والمكيل والموزون والعددي المتقارب قرض ، لانه لا ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك عينها ، ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها ، فاقتضت اعارتها تمليك عينها ضرورة ، وذلك بالهبة او القرض ، والقرض ادناهما ضرراً لكونه موجباً لرد المثل .

وهذا اذا لم يعين الجهة . اما اذا عينها كاستعارة الدراهم ليعير بها الميزان او يزين بها الدكان ونحو ذلك من الانتفاعات ، فتصير عارية امانة ليس له الانتفاع باهلاكها ، فكان نظير عارية الحلي والسيف المحلى .

وتفرع على كون عارية ما ذكر قرضاً انه يضمنها بهلاكها قبل الانتفاع ، كما هو حكم القرض (افاده في الدرر وغيرها)

وفي الهندية عن المحيط : استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه او خشبة يدخلها في بنائه او آجرة ، فهو ضامن ، لأن هذا ليس بعارية ، بل هو قرض . وهذا اذا لم يقل لاردها عليك . اما اذا قال لاردها عليك فهو عارية اه .

المادة ٨٠٩ — ✵ يشترط كون المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالغين بناء عليه لا تجوز اعارة المجنون ولا الصبي

غير المميز . واما الصبي المأذون فتجوز اعارته واستعارته ❊

ذكر في جامع احكام الصغار : صبي استعار من صبي شيئاً فأعطاه والمستعار لغير الدافع فهلك في يد الصبي ، ان كان الدافع مأذوناً له لا شيء على المستعير ، انما يجب الضمان على الدافع ، لانه اذا كان ماذوناً له صح الدفع منه ، فكان الهلاك حاصلاً بتسليطه . ولو كان ذالك الشيء للاول لا يضمن الثاني ايضاً ، لما قلنا . وان كان الصبي الدافع محجوراً عليه يضمن هو بالدفع ، و يضمن الثاني بالاخذ ايضاً ، لان الاول غاصب والثاني غاصب الغاصب .

وفيه : ذكر في النوازل : ليس لوالد الصغير ان يعير متاع ولده الصغير . فرق بينه و بين المأذون ، فان له ان يعير ماله . والفرق ان اعارة المأذون له من توابع التجارة فاما اعارة الأب مال الصغير ، فليس من توابع التجارة في مال الصغير .

وفيه عن العدة : لو استعار الوصي من رجل دابة ليعمل بها عملاً من اعمال الصغير فجاوز الحد الذي ذكره حتى صار غاصباً وعطبت الدابة ، فالضمان في مال اليتيم اه .

ثم نقل عن صدر الاسلام ابي اليسر انه قال ان بعض اصحابنا قالوا في هذه المسئلة : يضمن اليتيم دون الوصي ، ولا يكاد يصح هذا ، لأن الغاصب هو الوصي دون اليتيم حقيقة وحكماً ، فلا يجب ان يضمن اليتيم كما في الغاصب اه ملخصاً

المادة ٨١٠ ـ ❊ القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض ❊

لأنها من التبرعات ، والتبرع لا يتم الا بالقبض ، كما مر في المادة (٥٧)

و يتفرع على ان لا حكم لها قبل القبض ، ان المستعير لا يملك اعارتها من غيره قبل ان يقبضها ، وان كانت العارية مطلقة او المستعار شيئاً لا يتفاوت الناس بالانتفاع به .

لكن قد يشكل عليه ما فى الخانية ، رجل استعار من آخر دابة غداً الى

الليل فاجابه صاحب الدابة بنعم ، ثم استعارها آخر غدا الى الليل فاجابه بنعم ، فان الحق يكون للسابق منها . فان استعارا معاً نعم لهما جميعاً اه ومثله في الهندية ، آخر الباب الثاني من العارية ، معزياً لخزانة المفتين . فقد جعل لها حكما قبل القبض كما ترى ، فتأمل .

وما ادعاه الشارح سليم باز من انه لا بد في القبض من ان يكون باذن المالك صريحاً او دلالة ، فرية بلا مرية ، اذ لم يذكره احد غيره ، لأنه متى انعقدت الاعارة لا يحتاج المستعير الى اذن مجدد من المعير لا صريحاً ولا دلالة . واستدلاله بما في رد المحتار « لو طلب شخص من رجل ثوراً عارية فقال اعطيك غداً .... الى آخر ما قدمنا نقله عن الخانية والبزازية في شرح المادة ٨٠٥ » صريح في الرد عليه ، فضلا من ان يكون دليلا له ، كما هو ظاهر .

المادة ٨١١ — ❊ يلزم تعيين المستعار وبناء عليه اذا اعار شخص احدى دابتين بدون تعيين ولا تخيير لا تصح الاعارة بل يلزم ان يعين المعير منها الدابة التي يريد اعارتها . ولكن اذا قال المعير للمستعير خذ ايهما شئت عارية وخيره صحت العارية ❊

المراد بلزوم تعيين المستعار ان لا يكون المستعار مجهولا جهالة تؤدي الى المنازعة ، لما في البحر ان جهالة العين في العارية مضرة اذا كانت تفضي الى المنازعة ، لما في الخلاصة : لو استعار حماراً فقال ذلك لي حماران في الاصطبل فخذ احدهما واذهب فأخذ احدهما وذهب به ، يضمن اذا هلك . ولو قال خذ احدهما ايهما شئت لا يضمن اه .

اقول : ولعل الفرق ان الجهالة في الأول تفضي الى النزاع بجواز ان يقول المعير اردت بأحدهما ذاك غير الذي اخذه ، بخلاف الثاني ، فانه عينه بما تقع عليه مشيئته ، فلا محل لأن يقول ما قال ، فالجهالة الباقية لا تفضي اليه .

ويظهر لي ان قوله « يضمن اذا هلك » المراد منه ان يهلك حال استيفاء المنفعة ، فيكون باستعمالها متعدياً لعدم صحة الاعارة . اما لو هلك بدون استعمال، فلا ضمان ، لانه، وان لم تصح العارية للجهالة ، لكنه قبضه باذن المالك، فيكون له حكم الوديعة لا الغصب ، فلا يضمن بلا تعد ولا تقصير ، فتدبر .

﴿ تنبيه ﴾

اعارة الجزء الشايع تصح كيفما كان في التي تحتمل القسمة او لا تحتملها، من شريك او اجنبي . وكذا اعارة الشيء من اثنين، سواء اجمل او فصل بالتنصيف او بالاثلاث (كذا في الهندية عن القنية)

= الفصل الثاني =

﴿ في بيان احكام العارية وضماناتها ﴾

المادة ٨١٢ = ﴿ المستعير يملك منفعة العارية بدون بدل فليس للمعير ان يطلب من المستعير اجرة بعد الاستعمال ﴾

حتى يشترط لصحة الاعارة خلوها عن شرط العوض ، لانها به تصير اجارة ، كما في الدر .

وقد نصوا ان الاجارة تنعقد بلفظ الاعارة . قال في الدرر . ان الاجارة تنعقد بلفظ الاعارة . حتى لو قال لغيره اعرتك هذه الدار شهراً بكذا وقبل المخاطب ، كانت اجارة صحيحة .

اما العارية ، فلا تنعقد بلفظ الاجارة . حتى لو قال آجرتك هذه الدار بلا عوض ، كانت اجارة فاسدة ، لا اعارة اه .

وذكر في الدر : استعار ارضاً ليبني و يسكن واذا خرج فالبناء للمالك ، فللمالك اجر مثلها مقدار السكنى، والبناء للمستعير، ولأن الاعارة تمليك بلاعوض،

فكانت اجارة معنى ، وفسدت بجهالة المدة اه لكن هذا مخالف لمنطوق المادة (٤٨١) فلتراجع مع شرحها . فقد حققنا هناك هذه المسئلة بما لا مزيد عليه ،

•

المادة ٨١٣ — ❁ العاريه امانة في يد المستعير فاذا هلكت او ضاعت او نقصت قيمتها بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان . مثلاً اذا سقطت المرآة المعارة من يد المستعير بلا عمد او زلقت رجله فسقطت المرآة فانكسرت لا يلزم الضمان . وكذا لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به ونقصت قيمته فلا ضمان ❁

اطلق عدم الضمان ، فشمل ما اذا هلكت في حال الاستعمال ، وما اذا شرط عليه الضمان ، فأنه شرط باطل كشرط عدم الضمان في الرهن اذا هلك (كذا في المحيط)

وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير . فإن ظهر استحقاقها انها للغير ، ضمنها ولا رجوع له على المعير ، لانه متبرع . وللمستحق ان يضمن المعير . واذا ضمنه ، لا رجوع له على المستعير — بخلاف المودع اذا ضمنها للمستحق ، حيث يرجع على المودع لانه عامل له (بحر)

وقوله « لانه عامل له » فيه اشارة للفرق بين المستعير والمودَع ، وقد تقدم توضيح ذلك في شرح المادة (٦٥٨)

وفي حاشية ابي السعود : انما لا تضمن العارية بالهلاك اذا كانت العارية مطلقة . فان كانت مقيدة مثل ان يعيره يوماً ، فلو لم يردها بعد مضي الوقت ، ضمن اذا هلكت ، كما في شرح المجمع ، وهو المختار كما في العادية . قال في الشرنبلالية: سواء استعملها بعد الوقت ام لا . وذكر صاحب المحيط وشيخ الاسلام انه انما يضمن اذا انتفع به بعد مضي الوقت ، لانه حينئذ يصير غاصباً اه وتقييد المادة بعدم التعدي ، لانه لو تعدى ضمنها اجماعاً ، كما صرحت به المادة الآتية ، وهي :

المادة ٨١٤ - ﴿ اذا حصل من المستعير تعد او تقصير بحق العارية ثم هلكت او نقصت قيمتها فبأي سبب كان الهلاك او النقص يلزم المستعير الضمان · مثلا اذا ذهب المستعير بالدابة المعارة الى محل مسافته يومان في يوم واحد فتلفت تلك الدابة او هزلت ونقصت قيمتها لزم الضمان · وكذا لو استعار دابة ليذهب بها الى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل ثم هلكت الدابة حتف انفها لزم الضمان · وكذلك اذا استعار انسان حلياً فوضعه عَلَى صبي وتركه بدون ان يكون عند الصبي من يحفظه فسرق الحلي فان كان الصبي قادراً على حفظ الاشياء التي عليه لا يلزم الضمان · وان لم يكن قادراً لزم المستعير الضمان ﴾

هذه المادة كالضابط العمومي ، وما بعدها من المواد الى المادة (٨٢٩) اكثرها مسائل جزئية داخلة تحته · وفي التمثيل بالامثلة الثلاثة اشارة الى ان الموجب للضمان · اما التعدي ، وهو نوعان :

الاول ان يستهلك العارية او ينقصها بفعله الغير المأذون به ، واليه الاشارة بالمثال الاول ، ونظيره ما ذكر في المادة (٨١٦) ومن ذلك كما في البحر ما لو كبحها باللجام او فقأ عينها بالضرب او حملها ما يعلم ان مثلها لا يحمله او استعملها ليلا ونهاراً مما لا يستعمل مثلها في الدواب · وكذا اذا استعار ثوراً ليكروب به ارضه فقرنه بثور اعلى منه ولم تجر العادة به فهلك ·

الثاني ان يخالف المستعير ما اقتضاه عقد العارية ، واليه الاشارة بالمثال الثاني · ونظيره ما ذكر في المادة (٨١٧) والمادة (٨١٨) والمادة (٨٢٠) والمادة (٨٢١) والمادة (٨٢٣) وسيأتي في شرحها ما هو من جنس هذه المسائل ·

واما ان يكون الموجب للضمان هو التقصير بالحفظ ، واليه الاشارة بالمثال

الثالث . ونظيره ما ذكر في المادة (٨١٥) والمادة (٨٢٨) والمادة (٨٢٩) وسيأتي ايضاً في شرحها ما هو من جنسها .

المادة ٨١٥ — ﴿ نفقة المستعار على المستعير . بناء عليه لو ترك المستعير الدابة المعارة بدون علف فهلكت ضمن ﴾

وكذا لو هزلت من تركها بلا علف يكفيها ، يضمن نقصانها ، كما هو ظاهر ، لتقصيره في حفظها من الهلاك او الهزال ، لان المستعير استحق منافعها ، فان شاء انفق ليحصل له المنفعة ، وان شاء خلا يده عنها ، لكون العارية غير لازمة . فاذا لم يفعل ، فقد قصر في حفظها . هذا معنى كون نفقتها عليه ، كما في الهندية عن الذخيرة .

وفيها عن خزانة الفتاوي : علف الدابة على المستعير ، سواء كانت العارية مطلقة او مقيدة . ونفقة العبد كذلك . اما كسوته ، فعلى المعير . ومثله في الدر . قال في التكملة : لان العارية غير لازمة ، وللمعير الرجوع عنها في كل حين ، فكان زمنها غير مستطيل عادة . والكسوة تكون في الزمان المستطيل ، فلو لزمت العارية بعد زمانها لخرجت العارية عن موضوعها ، ولو صح رجوعه ، لتضرر المستعير بذهاب كسوته من غير حصول انتفاعه اه .

والظاهر ان ما يوضع على ظهر الفرس او الحمار في فصل الشتاء في البلاد الباردة حفظاً لها من البرد المهلك ، له حكم كسوة العبد ، فهو على المعير ايضاً ، فلا يضمن المستعير لو هلكت الدابة من عدم اكسائها .

وفي الهندية عن القنية : لو قال دفعت اليك هذا الحمار لتستعمله وتعلفه من عندك ، فهو اعارة اه — اي لان العلف على المستعير . فلو دفع له الحمار على ان يكسو ظهره ما يقيه البرد المهلك في الشتاء ، تكون اجارة لا اعارة ، كما لو دفع الدار على ان يرمها و يسكن ، كما تقدم عن الدر في شرح المادة (٨١٢) وليحرر .

ثم انما تلزم النفقة المستعير اذا طلب هو الاستعارة . اما لو قال خذه واستعملها

من غير ان يستعيرها، فنفقتها على المالك ، لانه وديعة (كذا في الدر)

المادة ٨١٦ - ﴿ اذا كانت الاعارة مطلقة اي لم يقيدها المعير بزمان او مكان او بنوع من انواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية في اي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده . لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة . مثلاً اذا اعار رجل دابة على الوجه المذكور اعارة مطلقة ، فالمستعير له ان يركبها الى حيث شاء في الوقت الذي يريده . وانما ليس له ان يذهب بها الى المحل الذي مسافة الذهاب اليه ساعتان في ساعة واحدة . كذلك اذا استعار شخص حجرة في خان كان له ان يسكنها وان يضع فيها امتعته . واما استعمالها بما يخالف العادة كأن يشتغل فيها بصنعة الحداد فليس له ذلك ﴾

كما انه ليس له ان يحمل الدابة فوق طاقتها ، ولا ان يسلك بها طريقاً لا يسلكه الناس في حاجة الى ذلك المكان . ولو فعل ضمن ، لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف ، كما في الفصول العادية ، وليس من المتعارف فعل ما ذكر ، فيكون تعدياً (افاده في الدر وحواشيه)

قال في التكملة : الذي يظهر لي ان الاطلاق في غير الدواب المعدّة للركوب . اما هي كاصايل الخيل ، فأنها لا تحمل عادة وعرفاً ، فلو حملها ولو قدر طاقتها وعطبت ، ينبغي ان يضمن ، تأمل وراجع . اه مختصراً .

اقول : لا حاجة الى التأمل والمراجعة بعد تصريحهم بأن مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف ، فأنه نص في المسئلة . ومثل هذا ما لو استعمل مثل تلك الخيل لكرب الارض وفلاحتها ، او استعار ثوراً فركبه او حمل عليه ، او ثوباً فاستعمله كما يستعمل البساط يوطأ بالاقدام ، فان استعمالها فيما ذكر غير متعارف ، فلا

يتناوله الاذن المطلق ، كما هو ظاهر .

وانما جاز للمستعير عند الاطلاق استعمال العارية في اي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده ، اذا كان متعارفاً ، لانـه امره بالانتفاع مطلقاً ، والمطلق يتناول اي انتفاع شاء في اي وقت شاء ، واليه التعيين بفعله : ان شاء استعملها في الركوب او في الحمل عليها ، واي ذلك فعل لا يمكنه ان يفعل غيره بعد ذلك ، لان المطلق اذا تعين بقيد لا يبقى مطلقاً بعد ذلك (افاده الطحطاوي)

وفي جامع الفصولين : اذا استعار دابة او ثوباً فاستعمل في المصر ثم خرج بها من المصر واستعمل ، فهو ضامن . وان لم يستعمل ، ففي الثوب لا يضمن ، لان الخروج به حفظ . وفي الدابة يضمن ، لان الخروج به تضييع معنى اه .

المادة ٨١٧ — ﴿ اذا كانت الاعارة مقيدة بزمان او مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته . مثلا اذا استعار دابة ليركبها ثلاث ساعات فليس للمستعير ان يركبها اربع ساعات . وكذا اذا استعار فرساً ليركبه الى محل فليس له ان يركبه الى محل غيره ﴾

قال في البحر : واذا قيدها بوقت فهي مطلقة الا بحق الوقت ، حتى لو لم يردها بعد مضي الوقت مع الامكان ، ضمن اذا هلكت ، سواء استعملها بعد الوقت او لا . ولو كانت مقيدة بالمكان ، فهي مطلقة ، الا من حيث المكان . حتى لو جاوزه ، ضمن . وكذا لو خالفه ، ضمن ، وان كان هذا المكان اقرب اليه من المكان المأذون . اه معزياً للخلاصة ، ومثله في الهندية عن الوجيز ، يعني البزازية .

وفيها عن الخزانة : استعار دابة الى موضع فسلك بها طريقاً ليس بالجادة فعطبت ، ضمن . ولو عين طريقاً فسلك طريقاً آخر ، ان كانتا سواء ، لا يضمن . وان كان ابعد او غير مسلوك ، ضمن . وكذا اذا كانتا تتفاوتان في الامن ، حتى ان الطريق الذي سلك فيه اذا لم يكن آمناً ، يضمن اه .

وفي هذا مخالفة لما في البحر عن الخلاصة ، الا ان يدعى ان تعيين الطريق ليس من تعيين المكان ، تأمل ٠

ثم ان التقييد بالزمان كما يكون بالصريح يكون بالدلالة ٠ قال في جامع الفصولين : لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد الوقت مع امكان الرد ، ضمن ، وان لم يستعملها بعد الوقت ٠ هو المختار ، سواء توقتت نصاً او دلالة ٠ حتى ان من استعار قدوماً ليكسر حطباً فكسره فامسك ، ضمن ولو لم يوقت اه اي نصاً ٠ وسيأتي ما يوافقه في المادة (٨٢٦)

وانظر هل يثبت تعيين المكان دلالة ايضاً ، حتى لو استعار قروي دابة ليحمل عليها الحنطة ويبيعها في البلد فحمل عليها الحنطة من قرية اخرى غير قريته فهلكت يضمنها لتعيين قريته مكاناً للحمل بدلالة الحال ؟ لم اره ، فليحرر ٠

وفي الهندية : استعار دابة الى مكان كذا ذاهباً لا غير فجاوز ثم عاد اليه ، فهو في الضمان عليه حتى يردها على المالك بلا خلاف ٠ فان استعارها ذاهباً وجائياً ثم عاد الى الوفاق ، يبرأ ، كالمودع مطلقاً ، وهو الأصح والمختار اه قلت : والفرق انه في الاول عاد الى الوفاق بعد انتهاء وقت الاعارة ، فلا يعتبر ، بخلافه في الثاني ، تأمل ٠

المادة ٨١٨ — ❋ اذا قيدت الاعارة بنوع من انواع الانتفاع فليس للمستعير ان يتجاوز ذلك النوع الى ما فوقه لكن له ان يخالف باستعمال العارية بما هو مساوٍ لنوع الاستعمال الذي قيدت به او بنوع اخف منه ٠ مثلا لو استعار دابة ليحملها حنطة فليس له ان يحملها حديداً او احجاراً وانما له ان يحملها شيئاً مساوياً للحنطة او اخف منها ٠ وكذا لو استعار دابة للركوب فليس له ان يحملها حملا ٠ واما الدابة المستعارة للحمل فأنها تركب ❋

المراد بتعيين المنفعة في هذه المادة تقييد المعير اياها من حيث نفسها ونوعها . والمراد به في المادة (٨٢٠) الآتية تقييده اياها من حيث المستعمل للشيء المعار المنتفع به . وحكم الثانية سيأتي .

وحكم الاولى ، كما في الدر ، ان المستعير اذا خالف الى شر ، ضمن . وان خالف الى مساو او خير ، لا يضمن .

وفيه من الاجارة : والاصل ان من استحق منفعة مقدرة يعني معينة بالعقد فاستوفاها او مثلها او دونها ، جاز . ولو اكثر ، لا يجوز اه وحاصل مسئلة من استعار دابة ليحمل عليها شيئاً فخالف ، انها على اربعة انواع كما افاده في الهندية .

الاول : ان يخالف في عين ما سماه المالك ، الا انه مثله في القدر والجنس ، كأن استعارها ليحمل عليها عشرة اقفزة من هذه الحنطة او من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة اقفزة من حنطة اخرى او من حنطة غيره . ففي هذه الصورة لا ضمان ، لان هذا النوع لا تكون فيه مخالفة الى شر .

الثاني : ان يخالف ما سماه في القدر والجنس معاً ، وهما متساويان في الضرر على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها عشرة اقفزة من حنطة ، فحمل عليها اثني عشر قفيزا من شعير . فإن كان وزن ما حمل مساوياً لوزن ما سمى او دونه ، لا ضمان . وان كان اكثر ، ضمن كل القيمة ، لأنه خالف الى مساو او خير في الاول : والى شر في الثاني .

الثالث : ان يخالف في الجنس ، وما حمله اشد ضرراً على الدابة مما سماه ، بأن استعارها ليحمل حنطة فحملها نحو حديد او قطن . وفي هذا يضمن كل القيمة ، وان كان ما حمله بوزن الحنطة او دونه ، لأن القطن والحديد اشد ضرراً على الدابة من الحنطة ، لان الاول يأخذ من ظهرها كثيراً ، والثاني يجتمع في مكان واحد . ومثل القطن التبن والحطب ، ومثل الحديد التمر ، فقد خالف الى شر .

الرابع : ان يخالف ما سماه في القدر فقط ، بأن استعارها ليحملها عشرة اقفزة حنطة فحملها خمسة عشر قفيزاً منها . وهنا يضمن كل القيمة ايضاً ان علم انها لا تطيق حمل هذا القدر ، لانه يكون متلفاً لها . والا يعلم ذلك ضمن ثلث قيمة الدابة ، توزيعاً للضمان على قدر المأذون وغير المأذون فيه .

وهذا بخلاف ما اذا استعار ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم وطحن احد عشر ، حيث يضمن جميع القيمة . والفرق ، كما في تنقيح الحامدية ، انه لما طحن عشرة مخاتيم ، فقد انتهى الاذن ، فبعد ذلك استعمل الدابة بغير اذن مالكها ، فيصير غاصباً — بخلاف الحمل ، لأن حمل الكل عليها يوجد مرة واحدة ، وهو في البعض مأذون وفي البعض مخالف ، فتوزع الضمان .

والحاصل انه عند اختلاف الجنس ، كان القياس الضمان مطلقاً . لكن الاستحسان ان لا يضمن ، الا اذا خالف الى شر ، فعندها يضمن الكل ، لأنه غاصب في الكل . وعند اختلاف القدر يتوزع الضمان على المأذون فيه ، وغير المأذون فيه ، الا اذا كان التعدي بعد فعل المأذون فيه ، فيضمن الكل ايضاً ، لأنه هلك حال كونه مغصوباً

المادة ٨١٩ — ✵ اذا كان المعير اطلق الاعارة بحيث لم يعين المنفعة كان للمستعير ان يستعمل العارية على اطلاقها يعني ان شاء استعملها بنفسه وان شاء اعارها لغيره ليستعملها سواء كان مما لا يختلف باختلاف المستعملين كالحجرة او مما يختلف باختلاف المستعملين كدابة الركوب . مثلاً لو قال رجل لآخر اعرتك حجرتي فالمستعير له ان يسكنها بنفسه وان يسكنها غيره ، وكذا لو قال اعرتك هذه الفرس كان للمستعير ان يركبه بنفسه وان يركبه غيره ✵

المراد بعدم تعيين المنفعة عدم تعيين شخص للانتفاع بالمستعار ، كما ينبيء عنه سياق المسئلة وظاهر قوله « بحيث لم يعين المنفعة » ان المراد باطلاق الاعارة ما هو اعم من ان ينص عليه بأن يقول اعرتك الثوب على ان تلبسه من شئت او يقول اعرتكه للبس ويسكت ، لأنه في الحالتين لم يعين المنفعة ، يعني الشخص

المتنفع . واطلاق عبارات عامة الفقهاء في كتبهم يقتضي ذلك .

لكن قال في رد المحتار : قال الزيلعي : ينبغي ان يحمل هذا الاطلاق الذي ذكر هنا اي في كتاب الاعارة فيما يختلف باختلاف المستعمل ، كاللبس والركوب والزراعة ، على ما اذا قال على ان اركب عليها من اشاء ، كما حمل الاطلاق الذي ذكر في كتاب الاجارة على هذا اه واقره الشرنبلالي .

وعليه يلزم حمل قول المصنف ، يعني صاحب التنوير « ان لم يعين بالنسبة لمختلف » على ما اذا نص عَلَى الاطلاق ، لا على ما يشمل السكوت ، لكن في الهداية : لو استعار دابة ولم يسم شيئاً ، له ان يحمل ويعير غيره للحمل ويركب ويركب غيره اه فراجعها اه ما في رد المحتار بنوع اختصار .

اقول : ما ذكره الزيلعي بحث من عنده ، وهو ليس بوجيه ، لان قياس الاعارة على الاجارة في هذا الحكم ،قياس مع الفارق، لان الاجارة عقد مفاوضة فاشترط لصحته ان يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً . اما ببيان الراكب واللابس، واما بالتعميم بقوله على ان تلبس او تركب من شئت ، فانه بهذا يصير المعقود عليه معلوماً ، وهو القدر الذي يحصل في ضمن الركوب او اللبس . حتى لو اطلق ولم ينص على التعميم ، تكون الاجارة فاسدة ، لجهالة المعقود عليه . هذا ما صرحوا به في كتاب الاجارة . واما الاعارة ، فهي عقد تبرع فتصح مع جهالة المعقود عليه ، وهو المنفعة ، كما صرحوا به ايضاً ، فلا حاجة الى ان يحمل فيها الاطلاق على التصريح بالتعميم . ولهذا لم يعتمد عليه احد ممن اطلع عليه بعده .

واصرح مما في الهداية في رد هذا البحث، ما في الهندية عن خزانة المفتين ، ونصه : وله ، اي للمستعير ، ان يعير غيره سواء كان شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به او لا يتفاوتون، اذا كانت الاعارة مطلقة لم يشترط على المعير الانتفاع بها بنفسه . فاما اذا شرط عليه ذلك ، فله ان يعير ما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به دون ما يتفاوتون فيه اه — وما فيها ايضاً عن الظهيرية : ولو استعار ثوباً للبس ولم يسم اللابس ، او دابة للركوب ولم يسم الراكب ، فله الباس غيره او اركاب غيره اه فتدبره .

هذا وقد علمت ان ما قدمناه في شرح المادة (٨١٦) ان التعيين في الاعارة المطلقة يرجع الى فعل المستعير ، يعني كان المعير اعارة مطلقة ، قد فوض للمستعير ان يعين من شاء · فمتى عين المستعير ، لا تبقى الاعارة مطلقة ، بل تصير مقيدة بما فعله · قال في الدر متناً وشرحاً : فمن استعار دابة او استأجرها مطلقاً بلا تقييد ، يحمل ما شاء ويعير له للحمل ويركب ، عملاً بالاطلاق · واياً فعل اولاً تعين مراداً وضمن بغيره ان عطبت · حتى لو البس او اركب غيره ، لم يركب بنفسه بعده · هو الصحيح (كافي) اه ·

وهذا اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل · اما اذا كان مما لا يختلف ، فلا · لانه ، اذا كان لا يتقيد بتقييد المعير ، فكيف يتقيد بفعل المستعير · فلو استعار داراً للسكنى فاسكنها غيره ، له ان يسكنها بنفسه ايضاً بعد ذلك ، كما في رد المحتار ·

المادة ٨٢٠ — ✽ يعتبر تعيين المنفعة في اعارة الاشياء التي تختلف باختلاف المستعملين ولا يعتبر في اعارة الاشياء التي لا تختلف به · الا انه اذا كان المعير نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره ، فليس للمستعير ان يعيره لآخر ليستعمله مثلا لو قال المعير للمستعير اعرتك هذا الفرس لتركبه انت ، فليس له ان يركب خادمه · واما لو قال اعرتك هذا البيت لتسكنه انت كان للمستعير ان يسكنه وان يسكن فيه غيره · لكن اذا قال له ايضاً لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذ ان يسكن فيه غيره ✽

قال في الخلاصة : رجل استعار من رجل شيئاً فأعاره وقال له لا تدفع الى غيرك فدفع فهلك ، ضمن فيما يتفاوت وفيما لا يتفاوت · وبدون النهي يعار فيما

لا يتفاوت ، كالدار والارض . وفيما يتفاوت ، لا اه .

قال في البحر : فالتفصيل ، يعني بين ما يتفاوت وما لا يتفاوت عند عدم النهي اه

ثم انهم مثلوا لما يختلف باختلاف المستعمل بالركوب واللبس . قال في مجمع الانهر : لأن ركوب المكري لا يكون كركوب السوقي ، ولبس القصاب ليس كلبس البزاز اه ومثلوا لما لا يختلف بالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة (ذكره في الفتح معزياً لعامة شراح الهداية)

ثم استشكل ذلك بما حاصله ان الفقهاء في كتاب الاجارة ، جعلوا الحمل كالركوب ، يعني انه مما يختلف ، حتى شرطوا بيان المحمول لصحة الاجارة ، كما شرطوا بيان الراكب او اللابس . وكذا شرطوا في استئجار الارض بيان ما يزرع فيها . والمفهوم منه ان الزراعة تختلف اه .

اقول : يمكن دفع الاشكال بان التفاوت فيهما في كتاب الاجارة انما هو بالنسبة لما يحمل على الدابة وما يزرع في الارض . فاشترط بيانه لصحة الاجارة وعدم التفاوت فيها المذكور هنا انما هو بالنسبة للمستعمل ، وهو من يحمل على الدابة ويزرع في الارض . وهذا قطعاً لا تتفاوت فيه . واما عد الزيلعي الزراعة في باب الاعارة مما يختلف ، قال محشيه الشلبي: هو مخالف لما ذكره غيره اه .

المادة ٨٢١ — ❋ اذا استعير فرس لأن يركب الى محل معين فان كانت الطرق الى ذلك المحل متعددة كان للمستعير ان يذهب من اي طريق شاء من الطرق التي اعتاد الناس الذهاب فيها . واما لو ذهب في طريق ليس معتاداً السلوك فيه فهلك الفرس لزم الضمان . وكذلك لو ذهب من طريق غير الذي عينه المعير فهلك الفرس فان كان الطريق الذي سلكه المستعير اطول من الطريق الذي عينه المعير او غير امين او خلاف المعتاد لزمه الضمان ❋

يعني اذا استعار فرساً لان يركب الى محل معين وكانت الطرق متعددة ، فان اطلاق كان له ان يسلك اي طريق شاء منها،ولو كان الطريق التي سلكها ابعد من الباقي ، عملا بالاطلاق . لكن يشترط أن يكون الناس قد اعتادوا السلوك فيه ، والا فليس له ذلك ، لان المطلق ينصرف الى المتعارف . واما اذا عين طريقاً منها ، فان خالف الى خير او مثل ، لا يضمن ، لان الاذن بالشيء، اذن بما يساويه وبما خير منه . وإنْ الى شر ، كأن كان ما سلكه ابعد من الذي عينه او اصعب مسلكا او غير امين ، ضمن اذا هلكت الدابة ، كما في الهندية وغيرها .

وفي الهندية عن الملتقط ولو استعار حماراً الى موضع كذا فاخبر ان في الطريق لصوصاً فذهب فاخذ ، لا ضمان عليه اذا كانوا يسلكون مثل هذا الطريق اه

﴿ تتمة ﴾

قال في جامع الفصولين : استعار ثوراً ليكرب ارضاً معينة فكرب ارضا اخرى ، ضمن ، اذ الاراضي تتفاوت بالرخاوة والصلابة . اقول : ينبغي ان لا يضمن لو كرب مثل المعينة او ارخى منها ، كما لو استعار دابة للحمل وسمى نوعاً فخالف ، لا يضمن لو حمل مثل المسمى في الضرر او اخف منه ، وكما اذا سمى كر بر فحمل كر شعير او سمسم ، وكما لوعين طريقاً وسلك طريقاً آخر ، كما سيجيء اه

اقول ويجري هذا البحث ايضاً فيما قدمناه في شرح المادة (٨١٧) عن البحر معزياً للخلاصة ، وهو ما لو استعار فرساً ليركبه الى محل معين فركبه الى محل آخر ، فانه يضمن، وان كان هذا المحل اقرب من المحل المأذون فيه ، مع انه قد خالف الى خير . ولنا في شرح المادة المذكورة بحث قريب من هذا البحث ، الا ان اتباع المنقول اسلم .

ثم رأيت في تكملة رد المحتار معزياً لنور العين ، ما نصه : لو ذهب الى مكان غير المسمّى، ضمن، ولو اقرب منه . وكذا لو امسكها في بيته ولم يذهب الى المسمى ،ضمن ، لانه اعارها للذهاب لا للامساك في البيت .

يقول الحقير : يرد على المسئلتين اشكال ، وهو ان المخالفة فيها الى خير لا الى شر ، فكان الظاهر ان لا يضمن فيها ولعل في المسئلة الثانية روايتين ، اذ

قد ذكر في التجريد : لو استأجر قدوماً لكسر الحطب فوضعه في بيته فتلف بلا تقصير ، قيل ضمن ، وقيل لا والمكث المعتاد عفو اه لكن البحث لا يصادم المنقول .

المادة ٨٢٢ — ✻ اذا طلب شخص من امرأة اعارة شيء هو ملك زوجها فأعارته اياه بلا اذن الزوج فضاع فان كان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادة لا يضمن المستعير ولا الزوجة ايضاً . وان لم يكن ذلك الشيء من الاشياء التي تكون في يد النساء عادة كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجته وان شاء ضمنه للمستعير ✻

كذا في الهندية وجامع الفصولين والبحر ومجمع الانهر وغيرها .

وانما لا يضمن واحد منهما فيما اذا كان ذلك داخل البيت وقد جرت العادة ان يكون في يد الزوجة ، لانها حينئذ تعد مستعيرة مالكة للمنافع ، فلها الاعارة — بخلاف ما اذا لم يكن كذلك بأن كان ذلك الشيء خارج البيت وان جرت العادة ان يكون في يد الزوجة كقدر او صحن او بساط وضعه الزوج خارج البيت ، او كان داخل البيت لكن لم تجر العادة ان يكون في يدها ، كساعة وكتاب وسيف وفرس ونحوها ، فأنه حينئذ تكون غاصبة لتصرفها في مال الغير بدون اذنه ، فللمستحق الذي هو زوجها المالك الخيار بين ان يضمن الزوجة او المستعير منها . وايا ضمن فلا رجوع له على الآخر ، كما قدمنا النقل في ذلك عن البحر في شرح المادة (٨١٣) اما عدم رجوع الزوجة ، فلأن المستعير منها قابض باذنها وقد ملكت العارية بالضمان ، فظهر انها اعارت ملك نفسها . واما عدم رجوع المستعير منها ، فلانه ان كان عالماً بأن ذلك الشيء ملك الزوج ، فظاهر ، لان الزوجة متبرعة والمستعير منها غير مغرور . وان كان غير عالم بذلك ، فلانه وان كان مغروراً: الا ان الغرور في قبض يعود نفعه للقابض ، كالعارية والهبة ، لا يوجب الرجوع على المعير والواهب — بخلاف ما اذا كان قبض يعود نفعه للدافع ، كالمودع

والمؤجر ، فأنه يوجب الرجوع . وقد تقدم ذكر هذه المسئلة مع مسائل الغرور مفصلة في شرح المادة (٦٥٨) فارجع اليها .

والعجب من الشارح سليم باز كيف يقول انه لم ير في هذه المسئلة نقلا ، مع ان كتب المذهب طافحة بذكرها . وهل ما تفقه به الا كلامهم في عين هذه المسئلة ، وقد قال في تعليل الضمان بأن الزوجة غاصبة وللمالك ان يضمن الغاصب والمستعير منه ؟

المادة ٨٢٣ – ❊ ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير واذا استعار مالا ليرهنه على دين عليه في بلد فليس له ان يرهنه على دين عليه في بلد آخر فاذا رهنه فهلك لزمه الضمان ❊

لان الاجارة والرهن اقوى ، لانهما لازمتان ، فلو ملكهما لزم لزوم ما لا يلزم وهو العارية ، او عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة والرهن ، ولان الرهن ايفاء وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه (بحر وز يلعي)

ولم يذكر في هذه المادة حكم ما لو فعل المستعير ما لا يملكه ، بأن آجر او رهن . وقد قال في الغرر والدرر : فأن آجر او رهن المستعير فهلكت العارية ، ضمن المعير المستعير ، لانه اذا لم يتناولهما كان كل منهما غصباً ، ولا يرجع المستعير على احد ، لانه ظهر بالضمان انه آجر ملك نفسه ، او ضمن المستأجر ورجع على المؤجر ، دفعاً لضرر الغرر عنه ان لم يعلم انه عارية معه . وان علم ، فلا يرجع ، لانه لم يغره ، فصار كالمستأجر من الغاصب عالماً بالغصب اه .

قال محشيه الشرنبلالي اقول وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه اه اقول قد اشار في الدر المختار الى بيان حكمه فقال سكت يعني صاحب التنوير عما لو ضمن المرتهن وفي شرح الوهبانية لا يملك المرتهن ان يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثاني على الاول اه يعني ان للمالك الخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الثاني رجع على الاول لأنه غره في ضمن عقد الرهن . وتوضيح الاشارة ان كلاً من المستعير والمرتهن لا يملك الرهن فأن فعل فقد

تعدى فكما ان المرتهن اذا رهن يخير المالك في تضمين ايهما شاء واذا ضمن المرتهن الثاني يرجع على الأول فكذلك الحكم في المستعير اذا رهن بمعنى ان المالك مخير ان شاء ضمن المستعير ولا يرجع على المرتهن وان شاء ضمن المرتهن منه ويرجع على الراهن المستعير بما ضمن دفعاً لضرر الغرر عنه فلا فرق بين المستعير والمرتهن اذا آجرا اورهنا لان كلاً منهما صار غاصباً بالتعدي على ما بيده ولعل تذييل هذه المادة بقوله واذا استعار مالاً ليرهنه الخ لم يقصد به الا الاشارة الى ان المرتهن اذا ضمن يرجع على المستعير الراهن والا فذكر هذه المسئلة هنا لا محل له مع انها تقدمت في المادة ٧٢٨ بعينها

وتوضيح ذلك انه لا فرق بين من استعار مالاً ليرهنه على دين عليه في بلد نخالف يرهنه في بلدة اخرى حتى صار متعدياً وبين من استعار المطلق الانتفاع فتعدى برهنها وقد بينوا متوناً وشروحاً الحكم في الاول فيكون الحكم في الثاني مثله ففي الدر متناً وشرحاً في باب الرهن يوضع على يد عدل من كتاب الرهن مانصه: ويصح استعارة شيء ليرهنه فيرهنه بما شاء وان قيده بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به فان خالف فهلك ضمن المعير المستعير او المرتهن لتعدي كل منهما فان ضمن المستعير تم عقد الرهن لتملكه بالضمان وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن و بالدين على الراهن كما في الاستحقاق اهوذكر قبله قبيل باب التصرف في الرهن ما نصه : فان هلك الرهن عند المرتهن فاستحق الرهن وضمن الراهن قيمته هلك الرهن بدينه وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بقيمته التي ضمنها لغروره وبدينه لانتقاض قبضه اه وقد قدمنا جميع ذلك في شرح المادة ٧٢٨ فتحصل من هذا كله انه لا فرق بين المستأجر والمرتهن في حكم الرجوع على المستعير الذي آجر او رهن بلا اذن المالك من حيث ان كل واحد منهما يرجع على المستعير بما ضمنه اذا لم يعلم ان المستأجر او المرتهن ليس ملك المؤجر او الراهن، لان كل واحد منهما مغرور في ضمن عقد الاجارة او الرهن . واما اذا علما انه ليس ملكه فلا رجوع لواحد منهما لكونهما متعديين بقبض مال الغير بلا اذنه مع عدم الغرور وبهذا تعلم ان ما ذكره ابوالسعود عن شيخه بقوله تفقها حكم المرتهن في هذه الصورة يعني صورة ما اذا رهن المستعير ، حكم الغاصب لانه قبض مال الغير بلا اذنه ولا رضاه فيكون للمعير تضمينه وباداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما

علمت من كونه غاصباً ويرجع بدينه اه ، فغير مسلّم الا اذا حمل على ان المرتهن عالمٌ بأن الرهن ليس ملك الراهن فلا يكون مغروراً . واما ما استند اليه من كون المرتهن غاصباً و كون الرهن هالكاً على ملكه ، فلا يفيد المقصود ، وهو عدم الرجوع مطلقاً . بل اذا كان غير مغرور بدليل انه يقال ذلك فيما لو آجر ، يعني ان المستأجر غاصب بقبض مال الغير بلا اذنه والمأجور هالك على ملكه ، مع ان حكمه ما ذكرناه كما في عامة المتون والشروح ، فتدبر .

المادة ٨٢٤ — ✵ للمستعير ان يودع العارية عند آخر فاذا هلكت عند المستودع بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان . مثلا اذا استعار دابة على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابة وعجزت عن المشي فاودعها عند شخص ثم هلكت حتف انفها فلا ضمان ✵

كون المعير له إن يودع هو المختار والمفتي به ، كما في البحر وغيره . قال: وصحح بعضهم عدمه اه وفي المنح عن الصيرفية ان القول بان العارية تودع او لا تودع ، محله ما اذا كان المستعير يملك الاعارة . اما فيما لا يملكها ، لا يملك الايداع اه ومثله في مجمع الانهر عنها ، واشار اليه في الدر جازماً به .

لكن قال في حاشية رد المحتار : وظاهره انه لايملك الايداع فيما يختلف ، وليس كذلك

وعبارة الزيلعي : وهذا لأن الوديعة ادنى حالاً من العارية . فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف ، فأولى ان يملك الايداع على ما بينا ، ولا يختص بشيء دون شيء ، لان الكل لا يختلف في حق الايداع ، وانما يختلف في حق الانتفاع اه فتأمل ، فان ما في الصيرفية قد اقره في النهر ومجمع الانهر ، وجزم به في الدر كما علمت .

وتقييد المثال المذكور في هذه المادة بكون الدابة تعبت وعجزت عن المشي ، احترازٌ عما اذا كان الايداع عند ذلك الشخص بلا عذر ، فانه يكون ضامناً، لما في الخانية : رحل استعار دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان آخر بتلك المسافة ، يضمن . ولو امسك الدابة في بيته ولم يذهب فهلكت الدابة ، كان ضامناً ، لانه اعارها للذهاب لا للامساك في البيت اه ومثله في جامع الفصولين وغيره . ومعلومٌ ان موضوع مثالنا انه استعارها للذهاب الى محل كذا والاياب منه ، فايداعها عند ذلك الشخص هو امساكٌ لها عنده . فاذا كان يضمنها لو امسكها في بيته والحالة هذه ، فلأن يضمنها اذا امسكها في بيت غيره اولى — الا ان يكون ذلك الامساك لعذر،وهوالعجز عن العود بهالعجزها عن المشي . و كذا على ما تقدم عن الصيرفية خلافاً للزيلعي ، حيث ركبها المستعير في الذهاب ،فقد تعين المستعمل ومعلوم ان الركوب مما يختلف فلا يملك بعد ذلك اعارتها. واذا لم يملك اعارتها فلا يملك ايداعها الا بعذر ، كالعجز المذكور .

ثم ان وضع المسئلة في انه استعارها للذهاب والاياب ، وفي ان ايداعها كان في المحل الذي ذهب اليه ، اشارة الى انه لو استعارها للذهاب فقط فاودعها او للذهاب والاياب لكن اودعها بعد العود من ذلك المحل ، يضمن ، اذ لا يملك الايداع حينئذ ، لأنه بعد الفراغ من العمل الذي استعارها لاجله خرجت عن كونها عارية فصارت في يده وديعة يجب عليه ردها حالاً وتسليمها ، كما سيأتي، وان تعبت او عجزت عن المشي به .

ومن لم يتنبه لدقائق المجلة ورموزها زعم ان التقييد بتعب الدابة وعجزها عن المشي اتفاقي لا احترازي ، فافهم. نعم لو كان وضع المثال في استعارة دابة استعارة مطلقة ،لما احتيج الى التقييد بتعب الدابة

المادة ٨٢٥ — ❋ متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها اليه فوراً واذا اوقفها واخرها بلاعذر فتلفت العارية او نقصت قيمتها ضمن ❋

في الهندية : واذا طلب المعير العارية فمنعها المستعير عنه فهو ضامن . وان لم يمنعها لكن قال لصاحبها دعها عندي الى غد ثم اردها عليك فرضي بذلك ثم ضاعت ، لا ضمان عليه (كذا في المحيط)

طلبها فقال نعم ادفع ومضى شهر حتى هلكت ، ان كان عاجزاً وقت الطلب عن الرد ، لا يضمن وان كان قادراً ، ان صرح المعير بالكراهة والسخط في الامساك وامسك ، يضمن . وكذا ان سكت . وان صرح بالرضي بأن قال لا بأس ، لا يضمن . وان لم يطلب وهو لم يردها حتى ضاعت ، ان كانت العارية مطلقة لا يضمن ، وان قيدها بوقت ومضى الوقت ولم يردها ، ضمن اه (معزياً للوجيز للكردري)

وفيها عن المحيط : واذا استعار من آخر زقاقاً وجعل فيها زيتا فأخذه في الصحراء فليس له ان يأخذ الزقاق وله اجر مثلها الى موضع يجد فيه زقاقاً فيحول زيته اه وقدمنا هذا ونظائره في شرح المادة (٨٠٦)

المادة ٨٢٦ = * العارية الموقتة نصاً او دلالة يلزم ردها للمعير في ختام المدة لكن المكث المعتاد معفو . مثلا او استعارت امرأة حلياً على ان تستعمله الى عصر اليوم الفلاني لزم رد الحلي المستعار في حلول ذلك الوقت . وكذلك او استعارت حلياً على ان تلبسه في عرس فلان لزم اعادته في ختام ذلك العرس . لكن يعفي عن مرور مدة لا بد منها للرد والاعادة عادة *

المثال الاول لما اذا كان التوقيت نصًا . والثاني لما اذا كان دلالة .

ثم انه يلزم على ما تضمنته هذه المادة من لزوم الرد للمعير انه لو لم يرد فهلكت يضمنها وان لم يستعملها ، لانه يكون غاصبا بعدم الرد كما عد غاصبا بالمنع بعد الطلب . وهذا هو مختار السرخسي .

وفي جامع الفصولين : اطلاق محمد رحمه الله تعالى يدل عليه ، وبه يفتى اه

وعليه مشى في التنوير

ويقابله القول بأن العارية الموقتة بعد مضي الوقت تصير وديعة فلا تضمن بالهلاك ، الا اذا استعملها ، فبالاستعمال صار غاصبا ٠

المادة ٨٢٧ — ❋ اذا استعير شيء للاستعمال في عمل مخصوص فمتى انتهى ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير امانة كالوديعة · وحينئذ ليس له ان يستعملها ولا ان يمسكها زيادة عن المعتاد · واذا استعملها وامسكها فهلكت ضمن ❋

كما اذا استعار دابة ليركبها الى محل كذا ويرجع ، فاذا ركبها وعاد ، انتهى العمل المستعار لاجله ، فكانت موقتة دلالة بمدة ذلك العمل ، كما اشرنا اليه في المادة السابقة

ومثله كما في التكملة ما لو استعار كتابا ليحضر فيه درس فلان فأتمه فلان او ترك الدرس ، ففي الصورتين تبقى العارية امانة في يد المستعير ، كالوديعة، الى ان يتمكن من الرد · ومتى تمكن منه فأمسكه صار غاصبا ، فيضمنه اذا هلك وان لم يستعمله

والدليل على ما ذكر في هذه المادة ما قدمناه في شرح المادة (٨١٧) عن جامع الفصولين ، وهو ما اذا استعار قدوماً ليكسر به حطباً فكسره ثم امسكه، فانه يضمن وان لم يوقت نصاً اه - لتوقتة دلالة ٠ وبهذا تعلم ان المراد من كونها بقيت امانة في يد المستعير انها تبقى كذلك الى حد ان يتمكن من الرد ، فلا تنافي ما قدمناه في شرح المادة السابقة من ان القائل بالضمان بمجرد الامساك يقول انها تصير في يده مغصوبة ، لان المراد انها تصير مغصوبة بالامساك بعد التمكن من الرد ، فتدبر ٠

المادة ٨٢٨ ـ ﴿ المستعير يرد العارية بنفسه او على يد امينه فاذا ردها على يد غير امينه وهلكت ضمن ﴾

المراد بامينه من يملك ان يحفظ الوديعة به وهو مؤتمنه على ماله ، اعم من ان يكون ممن في عياله او لا ، فيشمل اجيره مشاهرة او مسانهة ووكيله وشريكه مفاوضةً او عناناً ومضاربهُ ومن اودع عنده مال نفسه . هذا ما عليه الفتوى ، كما تقدم في شرح المادة (٧٩٥) وشرح المادة (٧٨٠)

فاذا رد العارية مع احد هؤلاء فهلكت في يده قبل ان يسلمها المعير ، لا يضمن ، لأن المستعير في حق العين مودع وامين، والمودع يملك الدفع الى من ذكر، فكذا المستعير (شلبي عن الاتقاني)

اما لو ردها على يد غير من ذكر ، فانه يضمن كما في عامة متون المذهب .

قال الزيلعي : وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي ، لأنه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعدياً، حتى اذا هلكت في يده ضمن ، فكذا اذا تركها في يد الاجنبي اه .

واعترض عليه في رد المحتار بأن ضمانه حينئذ ليس بالارسال مع الاجنبي ، بل بالامساك . وهذا لا فرق فيه بين الارسال مع اجنبي او مع امينه ، فأنه يضمن بالهلاك مطلقاً ولو في يده ، مع ان المتون مفرقة بين الاجنبي وغيره

ثم افاد انه لا يمكن حمله على ما اذا ارسلها قبل مضي الوقت ، اذ لا ضمان عليه حينئذ مطلقاً ، لأنه في هذه الحالة مستعير والمستعير يملك الايداع مع الاجنبي على المفتى به اه بالمعنى

اقول : والمخلص من هذا كله ان يحمل ما في هذه المادة تبعاً لعامة المتون على ما اذا ارسلها مع الاجنبي بعد انتهاء العارية بمضي الوقت ، لكن فور التمكن من ارسالها ، يعني اثناء مدة المكث المعفو عنه عادة ، فانها حينئذ خرجت عن

كونها عارية وصارت في يده وديعة محضة ، كما تقدم التصريح به .

وقد صرحوا ايضاً ان المودع يملك دفع الوديعة لامينه ولا يملك ارسالها مع اجنبي ، لانه ايداع والمودع لا يملك الايداع من اجنبي . وهذا الذي قلناه هو المعنى بما ذكره في الشرنبلالية عن البرهان ، حيث قال : وكذا يعني يبرأ لو ردها مع اجنبي على المختار ، بناءً على ما قال مشايخ العراق من ان المستعير يملك الايداع ، وعليه الفتوى ، لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعاً وتمليكاً للمنافع ، فلأن يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى .

واوّلوا قوله « وان ردها مع اجنبي ضمن اذا هلكت » بانها موضوعة فيما اذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعاً والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اه .

قال في رد المختار ، ومثله في شروح الهداية : فان المراد ان ارسالها مع الاجنبي حال قيام العارية يعني قبل مضي الوقت اذا كانت موقتة لا يوجب الضمان ، لان المستعير له الايداع .

وقولهم في المتون « ولو ردّها مع اجنبي ضمن » محمول على ان يردها معه بعد انتهاء العارية بمضي الوقت ، لكن فور تمكنه من الرد ، يعني في اثناء المدة المعفو عنها عادة ، كما قلنا . ومتى كان المراد من عبارة البرهان ما ذكرنا ، يسقط استدراك رد المختار عليه بما في متن التنوير انه يضمن في الموقتة ، يعني بعد مضي الوقت . وبيان السقوط انه انما يضمن في الموقتة اذا امسكها بعد التمكن من الرد ، كما صرح به في نفس التنوير وغيره ، وكلام البرهان وشراح الهداية فيما اذا ردها مع الاجنبي فور تمكنه من الردّ ، فلا مخالفة .

وفي جامع الفصولين : ولو رد العارية مع اجنبي ، ضمن اذ صار مودعاً بفراغه ، والمودع لا يملك ذلك اه .

والحاصل ان رد العارية لها ثلاث حالات : الاولى ان يردها قبل انتهاء العارية بمضي الوقت ، فلا يضمن بارسالها مع اي كان ، لان المستعير يملك الايداع على المفتى به .

الثانية ان يمسكها بعد انتهاء العارية ثم يرسلها ، فانه يضمنها مطلقاً ، كما يضمنها

لو هلكت في يده ، لانه بالامساك بعد التمكن من الرد صار غاصباً

الثالثة ان يرسلها بعد انتهاء العاريه لكن فور التمكن ، يعني في اثناء المدة المعفو عنها عادة . فبارسالها مع الاجنبي يضمن، لانه في هذه الحالة مودع والمودع لا يملك الايداع عند اجنبي . ومع امينه لا يضمن ، لأن المودع يملك حفظ الوديعة مع امينه كما تقدم في الوديعة ، فيملك ارسالها معه .

وهذه الحالة هي محمل هذه المادة تبعاً لعامة المتون ، وحينئذ يرتفع التناقض واللوم عن عبارات القوم . هذا ما تحرر لي في تقرير هذا المحل .

ثم الظاهر ان التفرقة في هذه الحالة بين امينه وبين الاجنبي انما هي في مستعار جرت العادة بأن الحفظ مع الامين . فلو كان المستعار عقد لؤلؤ ونحوه مما لم تجر العادة بحفظه مع الخادم او الاجير مثلا فأرسله معه ، يضمن على ما سيأتي في شرح المادة الآتية عن الزيلعي فأن قيل ان ما سيأتي عن الزيلعي في الوديعة لا في المستعار، قلنا ان المستعار بعد مضي الوقت يبقى وديعة ، كما تقدم .

المادة ٨٢٩ — * العارية اذا كانت من الاشياء النفيسة كالجوهرات يلزم في ردها ان تسلم ليد المعير نفسه . واما ما سوى ذلك من الاشياء فأيصالها الى المحل الذي يعد التسليم فيه في العرف والعادة تسليما وكذا اعطائها الى خادم المعير رد وتسليم . مثلا الدابة المعارة تسليمها ايصالها الى اصطبل المعير او تسليمها الى سائسه *

اعلم ان عدم الضمان بالرد مع الامين على ما بين في المادة السابقة ، وكذا بايصالها الي سايس المعير او اصطبله على ما بين في هذه المادة ، استحسان . والقياس ان يضمن فيها ، وبه اخذ الشافعي رحمه الله تعالى ، لانه لم يردها الى صاحبها ، وانما ضيعها تضييعاً ، فصار المستعار كالمغصوب والوديعة .

وجه الاستحسان ان كل واحد من المعير او المستعير يحفظ دوابه مثلا بسائسه،

والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادةً ، وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السائس ، وحفظ المستعير بسايسه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة ، فيكتفي بالتسليم منه الى السايس او من السايس الى السايس او من السايس الى المالك ، بخلاف الوديعة ، حيث يضمن بالدفع الى سائس المالك ، لعدم العرف بالتسليم اليه ، ولأنه انما اودعه لكونه لم يرض بغيره ، ولو رضي بغيره لما اودعه عنده — بخلاف غلام نفسه ، حيث يكون له ان يدفع الوديعة اليه ، على ما بينا غير مرة انه لا بد له منه .

وهذا في الاشياء التي تكون في يد الغلمان عادةً . واما اذا لم تكن في ايديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها في داره او اصطبله ، يضمن ، لأن العادة لم تجر به في مثله . ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن .

ثم قيل : هذا اذا ردها الى يد خادمه الذي يقوم على الدواب ، والاصح انه اليه والى غيره ، لأنه ان لم يكن في يده دائماً يدفع اليه في بعض الاوقات ، فيكون رضي المالك موجوداً دلالة (كذا في الزيلعي)

المادة ٨٣٠ = ❊ مصارف رد العارية ومؤنة نقلها على المستعير ❊

لأنه قبضها لمنفعة نفسه ، والرد واجب عليه . ولهذا لو كانت العارية موقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ، يضمن . ومتى وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه ، لأن الخراج بالضمان والغرم بالغنم (زيلعي)

واستثنى في التنوير المستعار لأجل الرهن ، فجعل مؤنة رده على المعير .

والفرق ، كما في رد المحتار عن الخانية ، ان هذه اعارة فيها منفعة لمالكها ، فأنها تصير مضمونة في يد المرتهن ، وللمعير ان يرجع على المستعير بقيمته ، فكانت بمنزلة الاجارة اهـ .

المادة ٨٣١ = ✲ استعارة الارض لغرس الاشجار والبناء عليها صحيحة . لكن للمعير ان يرجع بالاعارة متى شاء . فاذا رجع لزم المستعير قلع الاشجار ورفع البناء . ثم اذا كانت الاعارة موقتة فرجع المعير عنها قبل مضي الوقت وكلف المستعير قلع الاشجار ورفع البناء ضمن للمستعير تفاوت قيمتها بين وقت القلع وانتهاء مدة الاعارة . مثلاً اذا كانت قيمة البناء والاشجار مقلوعة حين الرجوع عن الاعارة اثني عشر ديناراً وقيمتها لو بقيت الى انتهاء وقت الاعارة عشرين ديناراً وطلب المعير قلعها لزمه ان يعطي للمستعير ثمانيه دنانير ✲

اما الجواز ، فلأنها منفعة معلومة تملك بالاجارة ، فكذا بالاعارة . واما الرجوع ، فلأن العارية غير لازمة ، فكان له ان يرجع اي وقت شاء . واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير ، فيكلف تفريغها .

ثم ان لم يكن وقت العارية ، فلا ضمان عليه ، لان المستعير مغتر غير مغرور ، حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد .

وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت ، صح رجوعه ، لما ذكرنا ولكنه يكره ، لما فيه من خلف الوعد ، وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ، لأنه مغرور من جهته حيث وقت له . فالظاهر هو الوفاء بالوعد فيرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه . كذا ذكره القدوري في المختصر . وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه و بنائه ، و يكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعها . ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك ، لأنه ملكه . قالوا : اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض ، لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع ، والترجيح بالاصل (كذا في الهداية)

قلت : وحاصل ما ذكروه ان هذه المسئلة على اربعة اوجه ، لأنها اما غير موقتة او موقتة . وعلى كل فاما ان لا يضر القلع بالارض ، او يضر . ففي الصورة الاولى ، وهي ما اذا كانت غير موقتة والقلع لا يضر ، يؤمر المستعير بالقلع ولا يضمن له المعير شيئاً ، لان المستعير مغتر لا مغرور .

الثانية ان تكون غير موقتة والقلع يضر . فالمعير مخيّر بين ان يتملك البناء والغرس بقيمتهما مقلوعين ، و بين ان يكلف القلع ولا ضمان عليه .

الثالثة ان تكون موقتة والقلع لا يضر . فالمستعير يؤمر بالقلع و يضمن له المعير ما نقص البناء والغرس ، على ما وضحته هذه المادة . وهذه رواية القدوري وعليها مشت المجلة تبعاً للهداية والكنز وغيرهما . واما على رواية الحاكم الشهيد ، فالمعير يتملكها بقيمتهما قايمين ، الا ان يشاء المستعير قلعهما ، ولا يضمن المعير شيئاً .

الرابعة ان تكون موقتة والقلع يضر بالارض . فالمعير مخير بين ان يتملكهما بقيمتهما قايمين او يأمر المستعير بالقلع و يضمن نقص البناء والغرس ، على ما تبين في متن هذه المادة .

فتحصل من هذا كله تصريحاً وتلويحاً ان لا ضمان في العارية المطلقة ولا في الموقتة اذا كان الرجوع بعد انقضاء الوقت ، بل يقلع المعير البناء والغرس ، الا ان يضر القلع ، فحينئذٍ يضمن قيمتهما مقلوعين لا قايمين . (افاده في رد المحتار معزياً للمحيط)

وفي الهندية : اذا اعار من آخر ارضاً واذن له بالبناء ففعل ثم استحق الارض آخر ونقض بناء المستعير ، فليس على المعير ضمان سواء كانت العارية موقتة او مطلقة .

وذكر الخصاف ان هذا قول محمد رحمه الله تعالى ، حيث فرق بين ان يكون الناقض للبناء هو المعير فيضمن في الموقتة ، او المستحق فلا يضمن مطلقاً . وقالا هما سواء في الموقتة اذا كان القلع قبل مضي المدة ، فالمعير ضامن لما نقص بالقلع كما تقدم سواء كان الذي قلع المستحق او المعير (اه ملخصاً)

وفي الخانية : رجل قال لغيره : ابن في ارضي هذه لنفسك على ان اتركها في يدك ابداً او قال الى وقت كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك ما تنفق في بنائك

ويكون البناء لي ، فاذا اخرجه من الارض يضمن قيمة البناء والغرس ويكون جميع ذلك لصاحب الارض اه — اي وفاء بالشرط .

المادة ٨٣٢ = ﴿ اذا كانت اعارة الارض للزرع سواء كانت موقتة او غير موقتة ليس للمستعير ان يرجع بالاعارة و يسترد الارض قبل وقت الحصاد ﴾

عبارة الكنز وغيره : ولو استعارها ليزرعها ، لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحساناً ، وقّت او لم يوقّت اه .

قال الزيلعي : فيترك بأجر المثل ، لان فيه مراعاة الحقين ، كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك اه .

قلت : ولهذه المسألة نظاير ذكرناها في شرح المادة (٨٠٦) فلتراجع .

وفي حاشية الشلبي عن الاتقاني : والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء ، لانه انتهى العقد ، فكان له حق التفريغ . وجه الاستحسان ان لو امرناه بالقلع لاضررنا به من غير نفع يعود الى المالك . ولو بقيناه لنفعناه من غير ضرر يعود الى المالك ، لانا نبقيه باجرة ، والجمع بين الحقين اولى — بخلاف الغرس ، لانه ليس لادراكه غاية معلومة ، فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة ارضه . اما هذا ، فلادراكه غاية معلومة ، حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء ، كان الحكم كالحكم في الزرع ، بخلاف الغاصب ، حيث يؤمر بقلع الزرع اذا زرع الارض ، لانه جان في الابتداء ، وقد مست الحاجة الى رفع العدوان ، وها هنا بخلافه ، كذا في شرح الكافي اه

وقول الزيلعي : لان فيه مراعاة الحقين ، اي حق المعير والمستعير وذلك لانه يترك الارض في يد المستعير بأجر المثل ، لئلا تفوت منفعة الارض مجانا ولا يتلف زرع الآخر ايضاً ، فيعتدل النظر من الجانبين اه (شلبي)

وذكر في الهندية ان الفقيه ابا اسحاق الحافظ رحمه الله تعالى كان يقول :

انما يجب الاجر لصاحب الارض اذا آجر الارض منه صاحب الارض او القاضي . فأما بدون ذلك فلا يجب الاجر . فان ابى الزارع ان تكون الارض في يده باجر المثل وكره قلع الزرع ايضاً واراد ان يضمن رب الارض قيمة الزرع وقال زرعي متصل بأرضك فأشبه الصبغ المتصل بثوبك فلي ان اضمنك قيمته ، لم يذكر هذه المسئلة في الاصل . وذكر في المنتقى في موضع ان له ذلك — الا ان يرضى رب الارض ان يترك الزرع في ارضه حتى يستحصد ، وذلك منه وفاء بالشرط الذي شرط في عقد العارية ، فلا يلزمه شيء آخر ، وقال في موضع آخر ليس للمزارع ان يضمن رب الارض قيمة الزرع (كذا في المحيط) لو اراد رب الارض ان يعطيه بذره ونفقته ويأخذ الارض مع الزرع منه ورضي المستعير به وذلك قبل خروج الزرع ، لا يجوز ، وان كان بعده يجوز ، وهو المختار (كذا في الفتاوى العتابية) الى هنا عبارة الهندية ، اقول : قوله « فاما بدون ذلك فلا يجب الاجر » ظاهر فيما اذا كانت الارض غير معدة للاستغلال ، والا فقد صرحوا بأن المعد للاستغلال يجب الاجر باستعماله وان كان بغير عقد ، تأمل .

وقوله في موضع آخر « ليس للمزارع الخ » الظاهر ان هذا هو المعتمد ، اذ هو الذي اقتصر عليه في الهداية والزيلعي وغيرهما .

وقوله « وذلك منه وفاء بالشرط » يحتاج الى تأمل .

✵ فروع ✵

جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت اعرتها الامتعة ، ان العرف مستمراً بين الناس ان الاب يدفع ذلك الجهاز ملكا لا اعارة ، لا يقبل قوله انه اعارة ، لان الظاهر يكذبه . وان لم يكن العرف كذلك ، او تارة وتارة ، فالقول له (به يفتى) كما لو كان اكثر مما يجهز به مثلها ، فان القول له اتفاقا (كذا في الدر متناً وشرحاً)

قال في رد المحتار : ظاهره ان القول حينئذ في الجميع ، لا في الزايد على جهاز المثل ، وليحرر اه لكن خالفه الرحمتي حيث قال : قوله « فان القول له اي فيما زاد على ما يجهز به مثلها » اه فتأمل وراجع . كذا في التكملة .

قلت : وكتب في رد المحتار على قول الشارح في باب المهر « كما لو كان اكثر الخ » ما نصه : والظاهر انه ان امكن التمييز فيما زاد على ما يجهز به مثلها ، كان القول قوله فيه ، والا فالقول قوله في الجميع (رحمتي)

وقوله « او تارة وتارة » هو بمعنى قول التنوير في باب المهر « مشتركا » يعني ان بعض الناس يدفعه تمليكا وبعضهم يدفعه عارية . قال الشارح هناك كمصر والشام اه .

وكتب في التنوير هنا وفي باب المهر ان الام كالاب في تجهيزها . وقال الشارح : وكذا ولي الصغيرة . لكن قال في رد المحتار : عزى المصنف ، يعني صاحب التنوير ، مسئلة الام الى ساوى قارئ الهدايه . وذكره بن وهبان في شرح منظومته بحثا حيث قال : وينبغي ان يكون الحكم فيما تدعيه الام وولي الصغيرة اذا زوجها كما مر ، لجريان العرف في ذلك . لكن قال ابن الشحنة في شرحه : قلت: وفي الولي عندي نظر اه وتردد في البحر في الام والجد ، وقال ان مسئلة الجد صارت واقعة الفتوى ولم يجد فيها نقلا . وكتب الرملي ان الذي يظهر ببادي الرأي ان الام والجد كالاب الخ اه قلت : وكتب في رد المحتار في هـذه المسئلة من باب المهر ما ينبغي الوقوف عليه ، فارجع اليه .

ثم ان هذا كله اذا لم يكن الاب اشترى ذلك الجهاز او بعضه لها . فان كان اشتراه لها في صغرها وان لم يسلمها ، او بعد ما كبرت وسلمه لها ، وكان ذلك في صحته ، كان ذلك تمليكا لها سواء تزوجت وخرج في جهازها او لا . فلو مات لا يسوغ لورثته قسمته مع التركة ، كما في رد المحتار عن الولوالجية .

لو ادخل المستعير الحمل في بيته وترك الدابة المستعارة في السكة فهلكت ، فهو ضامن ، سواء ربطها او لم يربطها ، لانه لما غيبها عن بصره فقد ضيعها . حتى لو تصور انه اذا دخل المسجد او البيت والدابة لا تغيب عن بصره ، لا يجب الضمان ، وعليه الفتوى (كذا في خزانة المفتين)

لو كان يصلي في الصحراء فنزل عن الدابة وامسكها فانفلتت منه ، فلا ضمان عليه . وهذه المسئلة دليل على ان المعتبر ان لا يغيبها عن بصره (كذا في الظهيرية)

رجل استعار دابة ليشيع جنازة الى موضع كذا فلما انتهى الى المقبرة دفعها الى انسان ودخل ليصلي فسرقت الدابة ، قال محمد رحمه الله تعالى لا يكون ضامناً . كذا في فتاوي قاضيخان (الكل من الهندية)

اقول : الظاهر انه لا يضمن في هذه المسئلة وان غابت عن بصره كما يقتضيه الاطلاق ، لان المستعير له ان يودع على المفتي به .

وفي الهندية ايضاً : لو ربط الحمار المستعار على الشجرة بالحبل الذي عليه فوقع الحبل في عنقه وتخنق ومات ، لا يضمن (كذا في الخلاصة)

استعار ثوراً واستعمله ثم فرغ ولم يحل الحبل عن الثور فذهب البقر الى المسرح فصار الحبل في عنقه فشدّه ومات ، ضمن (كذا في خزانة الفتاوي)

رجل استعار من رجل دابة فنام المستعير في المفازة ومقودها في يده فجاء انسان فقطع المقود وذهب بالدابة ، لا ضمان عليه . ولو شدّ المقود من يده واخذ الدابة وهو لم يشعر بذلك ، ضمن . قال الصدر الشهيد : ويجب ان يكون تأويلها اذا نام مضطجعاً . اما اذا نام جالساً ، فلا . قالوا : وانما يضمن بالنوم مضطجعاً اذا كان في الحضر . اما اذا كان في السفر ، فلا (كذا في الظهيرية)

رجل ارسل رجلاً ليستعير له دابة الى موضع سماه فجاء الرسول فقال لصاحب الدابة يقول لك فلان اعرني دابتك الى موضع سماه الرسول غير الموضع الذي سماه المرسل فدفعها اليه ، ثم ان المرسل بدا له عن الموضع الذي اراده وسار بها الى الموضع الذي سماه الرسول فعطبت فيه ، فلا ضمان عليه ، لأنه قد تناوله الاذن . فان ركبها الى الموضع الذي سماه المرسل فعطبت ، ضمن قيمتها ، لأنه قصد مباحاً فأصاب محظوراً ، ولا يرجع بما ضمن على الرسول ، لأنه ضمن بجنايته فلا يرجع به على غيره . فان كان الموضع الذي سماه المرسل في طريق الموضع الذي سماه الرسول لصاحب الدابة ، فلا ضمان لحصول الاذن فيه (كذا في السراج الوهاج ، اه ما في الهندية)

وفيها : اذا اختلف المعير والمستعير في الايام او في المكان او فيما يحمل على العارية ، فالقول قول رب الدابة مع يمينه . ولو تصرف المستعير وادعى ان المعير اذن له وجحد المعير ، ضمن المستعير ، الا اذا اقام بينة على الاذن (كذا في الفصول العمادية)

رجل قال لغيره اعرتني هذه الدار او هذه الارض لأبنيها او اغرسها فغرستها من هذا النخيل وبنيتها هذا البناء ، وقال المعير اعرتك الدار والارض وفيها هذا البناء والاغراس ، فالقول قول المعير . وان اقاما البينة فالبينة بينة المعير ايضاً (كذا في المحيط)

استعار منشاراً فانكسر في النشر نصفين فدفعه الى الحداد فوصله بغير اذن المعير ، ينقطع حقه ، وعلى المستعير قيمته منكسراً . وكذا الغاصب اذا غصبه منكسراً (كذا في القنية اه)

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

ـ الكتاب السابع ـ

﴿ في الهبة ويشتمل على مقدمة و بابين ﴾

(المقدمة)

= في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالهبة =

المادة ٨٣٣ = ﴿ الهبة هي تمليك مال لآخر بلا عوض و يقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والاتهاب بمعنى قبول الهبة ايضاً ﴾

الهبة من صفات الكمال . فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل ﴿ انك انت العزيز الوهاب ﴾ والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد . ولهذا من باشرها كان من المفلحين . قال الله تعالى ﴿ ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون ﴾

وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع اه (ز يلعي)

وفي البحر عن النهاية : ومحاسنها كثيرة ، حتى قال الامام ابومنصور : يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان، اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة .

وشرطها ان يكون الواهب عاقلا بالغاً حراً ، والموهوب له مميزاً ، والموهوب مقبوضاً وركنها الايجاب والقبول . وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون لازماً (زيلعي)

وهي في اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له وان لم يكن مالاً قال الله تعالى ﴿ فهب لي من لدنك وليا ﴾

وفي الاصطلاح : هي تمليك مال لآخر بلا عوض ، كما في الكنز والملتقى والغرر وغيرها . قال في الدرر : اي بلا شرط عوض لا ان عدم العوض شرط فيه ، لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه

واعترض عليه الحموي تبعاً للواني بأن الهبة بلا شرط العوض منافية للهبة بشرط العوض ، لأن المشروط بالشيء واللامشروط به متنافيان فكيف يتصادقان؟ ولهذا جزم في مجمع الأنهر بأن هـذا تعريف للهبة المطلقة عن العوض ، لا لمطلق الهبة الشاملة للهبة بشرط العوض . فإن الهبة بشرط العوض بيع انتهاء ، حتى تثبت فيه الشفعة والخيار كما سيأتي .

قال : فلا ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض ، فعلى هذا لا يلزم ما ارتكبه صاحب الدرر ، واعترض بعض عليه . تدبر اه

واجيب بأن التنافي انما هو بحسب المفهوم بمعنى ان هذا المفهوم لا يكون من ذلك ، وهذا لا ينافي الاجتماع بالصدق ، كالانسان المشروط بالنطق والحيوان اللامشروط به ، وانما التنافي في الصدق في المشروط بالشيء والمشروط بعدمه (افاده ابو السعود)

اقول : وفيه نظر ، اذ لو كان المراد بقولهم « بلا عوض » معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان من الهبة بشرط العوض لكان تعريف الهبة صادقاً على البيع ايضاً ، فلزم ان ينتقض به طرداً ، فلا يندفع المحذور بذلك

واجاب في رد المحتار بقوله : قلت : والتحقيق انه ان جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالاً من تمليك ، لزم ما ذكر . اما لو جعل المحذوف خبراً بعد خبر ، اي هي كائنة بلا شرط عوض على ان العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والاجارة ، فلا يرد ما ذكر ، فتدبر اه .

اقول : وفيه نظر ايضاً ، اذ قوله بلا عوض ان اعتبر من تتمة التعريف على جعله خبرا بعد خبر ، فالمحذور باق بعينه ، لان قوله « بلا عوض » نص في اشتراط عدم العوض ، والهبة بشرط العوض نقيضه ، فكيف يجتمعان . وان اعتبر ان التعريف قد تم قبله وهذا استئناف ، فالبيع يكون داخلاً في التعريف ، واخراجه بقيد خارج عن التعريف لا يجعل التعريف جامعاً مانعاً ، فما ذكر انه التحقيق ، خال عن التحقيق ، فظهر ان الصواب ، ما في مجمع الانهر من ان التعريف للهبة المطلقة عن العوض ، فتدبر .

والتعبير بالمال في قوله « تمليك مال » لادخال هبة الدين ممن عليه ، وكذا من غير من عليه اذا امره بقبضه ، كما سيأتي . ومن عبر بالعين بدل المال كالكنز والملتقى وغيرهما قصد اخراجها لكون الاول اسقاطاً لا تمليكا ، والثاني داخل في العين ، لان الموهوب له قابض بحكم النيابة عن الواهب ، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة ، فرجع الى هبة العين ، ولكل وجهة .

واحترز بقوله « تمليك » عن نحو الاباحة . وبقوله « مال » عن الاجارة والاعارة . وزاد بعضهم « للحال » لاخراج الوصية ، فانها تمليك مال بلا عوض ، لكنها بعد الموت . لكن تبقى الصدقة داخلة في تعريف الهبة .

المادة ٨٣٤ — ﴿ الهدية هي المال الذي يعطي لاحد او يرسل اليه اكراماً له ﴾

المادة ٨٣٥ — ﴿ الصدقة هي المال الذى وهب لاجل الثواب ﴾

المادة ٨٣٦ — ﴿ الاباحة هي عبارة عن اعطاء الرخصة والاذن لشخص ان يأكل او يتناول شيئاً بلا عوض ﴾

الباب الاول

﴿ في بيان المسايل المتعلقة بعقد الهبة و يشتمل على فصلين ﴾

الفصل الاول

﴿ في بيان المسايل المتعلقة بركن الهبة وقبضها ﴾

المادة ٨٣٧ — ﴿ تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم بالقبض ﴾

صريح هذه المادة ان القبول ركن ايضاً كالايجاب ، وهو المذكور في الهداية والغرر والملتقى والتنوير وغيرها ، وعزاه في الفتح الى الكافي والكفاية . ووجهه انه عقد، وقيام العقد بالايجاب والقبول.

ونقل في مجمع الانهر عن الكرماني ان الايجاب في الهبة عقد تام ، والقبول ليس بركن . قال : واشار اليه في الخلاصة ونقله في الفتح عن اكثر شراح الهداية وعزاه في الهندية لمحيط السرخسي مقتصراً عليه . قالوا : ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فلان ، بر بيمينه ، وبعكسه حنث ، بخلاف البيع ، فانه يحنث في الاول ، ولا يحنث في الثاني .

واجاب عنه في مجمع الانهر بان غرض الحالف هو اظهار الجود فيما لو حلف ان يهب . وعدمه فيما لو حلف ان لا يهب وقد وجد الاظهار في الاولى فبر، وعدمه في الثانية فحنث .

وفي الدرر شرح الغرر قال الامام حميد الدين : ركن الهبة الايجاب في حق الواهب ، لانه تبرع فيتم من جهة المتبرع . اما في حق الموهوب له فلا يتم الا بالقبول ، ثم لا ينفذ ملكه فيه الا بالقبض اه ومثله في الفتح عن النهاية . واقتصر عليه في البحر وعزاه في الهندية الى محيط السرخسي مقتصراً عليه . ولعل هذا توفيق بين القولين بمعنى ان القائل بأن القبول ركن ناظر الى الموهوب له ، والقائل بعكسه ناظر للواهب . وعلى هذا لا ترد مسئلة اليمين على الأول ، تأمل

هذا وقد نقل في الفتح عن البدائع ، بعد ان اطال الكلام على هذه المسئلة ، ما ملخصه : اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب . فاما القبول من الموهوب له ، فليس بركن استحساناً ، والقياس ان يكون ركناً ، وهو قول زفر . وفائدة الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل ، يحنث استحساناً ، وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل . واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع فباعه فلم يقبل ، انه لا يحنث اه فتأمل .

واعلم ان المراد بالقبض الذي تتم به الهبة هو القبض الكامل ، وهو في المنقول ما يناسبه وفي العقار ما يناسبه . فقبض مفتاح الدار قبض لها . والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة ، بالقسمة ، حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة من غير ان يكون بتبعية قبض الكل ، وفيما لا يحتمل القسمة ، بتبعية الكل (كذا في الدرر)

وقال في المنح : هبة الشاغل تجوز ، وهبة المشغول لا تجوز .

والأصل في جنس هذه المسائل ، ان اشتغال الموهوب بملك الواهب ، يمنع تمام الهبة . مثاله : وهب جراباً فيه طعام ، لا تجوز . ولو وهب طعاماً في جراب ، جازت

واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ؟ ذكر صاحب المحيط انه لا يمنع ، فانه قال : اعار داراً من انسان ثم ان المستعير غصب متاعاً ووضعه في الدار ثم وهب المعير الدار من المستعير ، صحت الهبة في الدار . وكذلك لو ان المعير هو الذي غصب المتاع ووضعه في الدار ثم وهب المعير من المستعير ، كانت الهبة تامة ، وتمامه فيه . وفي الخانية : رجل وهب داراً وسلم وفيها متاع الواهب ، لا تجوز ، لان الموهوب مشغول بما ليس بهبة ، فلا يصح التسليم . ولو وهبت امرأة

دارها من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها ايضاً ساكن فيها، جازت الهبة ويصير الزوج قابضاً للدار ، لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج ، فيصح التسليم .

وفي الخلاصة : رجل وهب لابنه الصغير داراً والدار مشغولة بمتاع الواهب ، جازت . ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها ، لا تجوز عند الامام، وعندهما تجوز ، وعليه الفتوى اه .

وفي رد المحتار : واعلم ان الضابط في هذا المقام ان الموهوب اذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وامكن فصله ، لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم، كما اذا وهب الزرع او الثمر بدون الارض والشجر او بالعكس . وان اتصل اتصال مجاورة ، فإن كان الموهوب مشغولا بحق الواهب ، لم يجز ، كما اذا وهب السرج على الدابة ، لأن استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصاناً في القبض . وان لم يكن مشغولا ، جاز ، كما اذا وهب دابة مسرجة دون سرجها ، لان الدابة تستعمل بدونه . ولو وهب الحمل عليها دونها جاز لأن الحمل غير مستعمل بالدابة . ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه ، لم يجز . وان وهب ما فيها وسلمه دونها ، جاز . كذا في المحيط شرح مجمع اه .

ونقل الشلبي عن المحيط : رجل وهب من رجل ثوباً وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته ، قال ابو حنيفة : صار قابضاً ، لانه متمكن من قبضه ، فاقيم تمكنه مقام قبضه ، كالتخلية في باب البيع . وقال ابو يوسف لا يصير قابضاً ما لم يقبضه بنفسه ، لانه غير قابض حقيقة اه وعلى هذا فمحمد مع ابي حنيفة رحمهما الله تعالى . والقبض الحقيقي نقله من ذلك المكان (اه ما في الشلبي)

وفي الدرر : ثم ان القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية ؟ والمختار انه يصح في صحيح الهبة بالتخلية لا فاسدها اه .

وفي الخانية : الأصح ان الاقرار بالهبة لا يكون اقراراً بالقبض اه .

المادة ٨٣٨ — الايجاب في الهبة هو الالفاظ المستعملة في معنى تمليك المال مجاناً كأكرمت ووهبت واهديت . والتعبيرات التي

ندل على التمليك مجاناً ايجاب للهبة ايضاً كاعطاء الزوج زوجته قرطاً او حلياً وقوله لها خذي هذا او علقيه ❊

افادت هذه المادة ان الايجاب في باب الهبة خصوص ما يوجد من طرف الواهب ، وهذا ما جزم به ابو السعود اخذاً من كلامهم . ثم قال « فقولهم الايجاب ما يتلفظ به اولا » ليس على اطلاقه ، بل بالنسبة لعقود المعاوضات اه .

وفي الهندية : الالفاظ التي بها الهبة انواع ثلاثة ، نوع تقع به الهبة وضعاً ، ونوع تقع به الهبة كناية وعرفاً ، ونوع يحتمل الهبة والعارية مستو ياً

اما الاول فكقوله وهبت هذا الشيء لك او ملكته منك او جعلته لك او هذا لك او اعطيتك او نحلتك هذا . فهذا كله هبة .

واما الثاني ، فكقوله كسوتك هذا الثوب او اعمرتك هذا الدار ، فهو هبة . وكذا لو قال هذه الدار لك عمري او عمرك او حياتي او حياتك ، فاذا مت فهي رد علي ، جازت الهبة وبطل الشرط .

واما الثالثة ، فكقوله هذه الدار لك رقبي او لك حبس ودفعها له ، فهو عارية عندهما . وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى هي هبة (كذا في محيط السرخسي)

ولو قال اطعمتك هذا الطعام ، فان قال فاقبضه ، فهو هبة . وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية ، فقد اختلف المشايخ في شروحهم (كذا في المحيط)

ولو قال حملتك على هذه الدابة يكون عارية ، الا ان ينوي الهبة . وقيل هو من السلطان هبة ، كذا في الظهيرية .

والاصل في هذه المسائل ، انه اذا اتي بلفظ ينبيء عن تمليك الرقبة ، يكون هبة . واذا كان منبأ عن تمليك المنفعة ، يكون عارية . واذا احتمل هذا وذاك ينوي في ذلك ، كذا في المستصفى اه ما في الهندية .

وقوله : ينوي في ذلك ، يعني تعتبر نيته .

وفيها : لو قال منحتك هذه الارض او هذه الدار فهي اعارة ، الا اذا نوى الهبة . ولو قال منحتك هذا الطعام او هذه الدراهم او هذه الدنانير . وكل ما لا

يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، يكون هبة . فان اضافها الى ما لا يمكن الانتفاع به مع قيامه ، حملناها على العارية ، لانها الادنى . وان اضافها الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك ، حملناها على الهبة (كذا في محيط السرخسي)

رجل قال لآخر هب مني هذا الشيء فقال يكون فداك او قال لبس ممنوعاً عنك ، لم يكن هبة (كذا في السراجية اه)

وفي المنح عن الخانية : قال جعلته لابني فلان ، يكون هبة ، لان الجعل عبارة عن التمليك . وان قال اغرس باسم ابني لا يكون هبة وان قال جعلته باسم ابني يكون هبة ، لان الناس يريدون به التمليك والهبة اه .

ويخالفه ما في البحر عن الخلاصة ، لو غرس لابنه كرماً ، ان قال جعلته لابني يكون هبة . وان قال باسم ابني ، لا يكون هبة . ولو قال اغرس باسم ابني ، فالامر متردد ، وهو الى الصحة اقرب اه .

قال الرملي : اقول : ما في الخانية اقرب لعرف الناس ، تأمل اه .

وفيه : ان ما في الخانية فيه لفظ الجعل وهو مراد به التمليك ، بخلاف ما في الخلاصة ، تأمل — نعم عرف الناس التمليك مطلقاً ، تامل (كذا في رد المحتار)

اقول : وفي قوله « بخلاف ما في الخلاصة » نظر ، لان ما فيها ايضاً لفظ الجعل ، لان قوله وان قال « باسم ابني الخ » معناه جعلته باسم ابني لدلالة ما قبله عليه . وقول الرملي « اقرب لعرف الناس » هو عين قول الخانية ، لان الناس يريدون الخ .

وقوله اخيراً « نعم عرف الناس التمليك مطلقاً » اي سواء كان بلفظ الجعل او بلفظ الغرس ، وهذا الذي يظهر بالنظر لعرف الناس .

❋ تنبيهات ❋

الاول : يستفاد من هذه المادة ان مجرد اعطاء الرجل لزوجته حلياً وتمتعها به لا يكون تمليكاً ، بل لا بد ان يقول خذيه او علقيه او نحو ذلك مما يكون تعبيراً يدل على التمليك مجاناً ، حتى يكون ايجاباً . ويؤيده ما في رد المحتار آخر كتاب الهبة : رجل اشترى حلياً ودفعه الى امرأته واستعملته ثم ماتت ثم اختلف

الزوج وورثتها انها هبة او عارية ، فالقول قول الزوج مع اليمين انه دفع اليها ذلك عارية ، لانه منكر للهبة (منح)

قال الرملي وهذا صريح في رد كلام اكثر العوام ان تمتع المرأة يوجب التمليك ، ولا شك في فساده اه وكذا قال في البحر .

ولا يكون استمتاع المرأة بمشرى الزوج ورضاه بذلك دليلاً على انه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام ، وقد افتيت بذلك مراراً اه .

لكن في رد المحتار ايضاً ، اول كتاب الهبة ، ما نصه : اعطى لزوجته دنانير لتتخذ بها ثياباً وتلبسها عنده فدفعتها معاملة ، فهي لها (قنية)

اتخذ لولده الصغير ثوباً ، يملكه . وكذا الكبير بالتسليم (بزازية)

اتخذ لولده ثياباً ، ليس له ان يدفعها لغيره ، الا اذا بين وقت الاتخاذ انها عارية . وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً فأبق التلميذ فاراد ان يدفعها لغيره (بزازية)

وكتب قبل هذا ما نصه : وفي خزانة الفتاوي : اذا دفع لابنه مالاً فتصرف فيه الابن ، يكون للاب ، الا اذا دلت دلالة التمليك (بيري)

قلت : فقد افاد ان التلفظ بالايجاب والقبول لا يشترط ، بل تكفي القرائن الدالة على التمليك ، كمن دفع لفقير شيئاً وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء . وكذا يقع في الهدية ونحوها، فاحفظه . ومثله ما يدفعه لزوجته او غيرها اه .

ويظهر لي من مجموع هذه النقول ان الهبة كما تنعقد بالالفاظ الدالة على التمليك مجاناً لغة او عرفاً ، تنعقد ايضاً بالفعل بطريق التعاطي ، كما سيأتي في المادة الآتية ، لكن مع قرينة لفظية او حالية . ومنها العرف والعادة ، تعين ان ذلك الفعل اريد به التمليك . فاللفظية ، كقول الرجل في مسئلتنا خذيه او علقيه ، او كما لو دفع لها دراهم وقال اتخذي بها ثياباً والبسيها . وكذا لو قال لها متعتك بهذه الثياب او بهذه الدراهم ، كما في الهندية عن محيط السرخسي . والحالية ، كما اذا اتخذ لولده او لتلميذه ثياباً ، فان الاتخاذ مشعر بمادته انه فعل بالثياب ما يجعلها ملائمة لها طولاً وعرضاً ، ونحو ذلك ، فكان ذلك قرينة على ارادة التمليك . او يقال إن العرف في مثل هذا قرينة على ارادته ، وكذا اذا دفع لابنيه كل واحد منهما مبلغاً من الدراهم وكل منهما تصرف بما في يده ، ثم

عمد الى احدهما فقال ان ما دفعته له قرض ، وهو يعترف بأن ما دفعه للاخر تمليك ، فان هذا قرينة حالية على ارادة التمليك بالدفع للاول ايضاً ، لان الظاهر التسوية بالعطية بين الاولاد عرفاً وشرعاً ولولا هذه القرينة لكان القول قول الاب ، وهكذا .

وقد اجاب في الخيرية عما يرسله الشخص الى غيره في الاعراس ونحوها بقوله « ان كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل ، يلزم الوفاء ، ان مثلياً فمثله ، وان قيمياً فقيمته . وان كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون في ذلك الى اعطاء البدل ، فحكمه حكم الهبة في سائر احكامه ، فلا رجوع فيه بعد الهلاك او الاستهلاك . والاصل ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اه ولا ينافي ما قلناه ما نقله في رد المحتار في باب المهر وآخر باب التحالف عن البدائع ، حيث قال : وهذا يعني كون القول قولها مما يصلح لها اذا لم تقر المرأة ان هذا المتاع اشتراه الزوج لها . فان اقرت بذلك ، سقط قولها ، لانها اقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها ، فلا يثبت الانتقال اليها ببينة اه = لان الانتقال اليها الذي كلفت لاثباته بالبينة يشمل ما اذا كان بطريق الهبة المدلول عليها بالقراين اللفظية كقوله لها خذي هذا او علقيه ، او بالقراين الحالية كالعرف والعادة ونحوها ، فتدبر .

ومن تأمل في فروعهم في كتاب الهبة وجد اكثرها دائراً مع القراين اللفظية او الحالية ، فتأمل وراجع ، ترشد .

ثم ان القرينة انما تعتبر اذا لم يعارضها الصريح ، والا بأن اشهد حين التسليم انه بطريق العارية فلا اعتبار لها لان الصريح اقوى من الدلالة .

وبما ذكرنا تتخلص عباراتهم من شائبة الانتقاض ، وتنحسم عنها مادة الاعتراض .

التنبيه الثاني : ذكر في رد المحتار ما نصه : بقي ما لو قال ملكتك هذا الثوب مثلا ، فإن قامت قرينة على الهبة ، صحت ، والا فلا ، لان التمليك اعم منها ، كالصدقة على البيع والوصية . والاجارة وغيرها » وفي الكازروني انه هبة اه ولم يعزه الى احد ، وتبعه ابنه في التكملة . وهو غير سديد ، اذ قدمت اول هذه المقولة

النص الصريح بخلافه عن المندية معزياً لمحيط السرخسي ، حيث جعل « ملكته منك » من النوع الاول ، وهو ما تقع بـه الهبة وضعاً . وكيف يصح ما قاله مع تصريح المتون بصحة الهبة بجعلته لك .

وعلل الشراح ذلك بأن اللام للتمليك،ولم يقيدوا الصحة بقيام القرينة على ارادة الهبة ، مع تقييد غيرها من الألفاظ المحتملة . ومعلوم ان التمليك المفهوم من اللام صادق على البيع ونحوه ايضاً ، حتى قالوا ينعقد البيع بجعلته لك بكذا .

وفي الزيلعي ما نصه : وتنعقد ، يعني الهبة ، بقوله جعلته لك ، لأن اللام للتمليك ، فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ؟ الا ترى ان ذلك لو كان بعوض كان تمليكاً ، فكذا بغير عوض اه .

واما استدلاله بما نقله في تنقيح الحامدية آخر الهبة عن جامع الفصولين برمز التتمة : عرض على محضر كتب فيه ملكه تمليكاً صحيحاً ، ولم يبين انه ملكه بعوض او بلا عوض ، قال : اجبت انه لا تصح الدعوى . ثم رمز لشروط الحاكم اكتفى به في مثل هذا بقوله « وهب له هبة صحيحة وقبضها » ولكن ما افاده في التتمة اجود واقرب الى الاحتياط اه،فهو استدلال غير صحيح،لان تصحيح دعوى الهبة على منكرها شيء ، وانعقاد الهبة بقوله ملكتك شيء آخر . على ان هذا الاستدلال يقتضي ان لا تصح الهبة بلفظ الهبة ايضاً اذا لم يبين انها بعوض او بلا عوض ، مع ان المتون قاطبة مصرحة بخلافه ، ولم يقيدوا ذلك ببيان انه بعوض او بلا عوض ، لا في المتون ولا في الشروح ولا في الفتاوي . وبعد هذا فانا لا نسلم ان التمليك عند الاطلاق يصدق على البيع واخويه ، بل اذا قيد فيقال البيع تمليك العين ببدل ، والاجارة تمليك المنفعة ببدل ، والوصية تمليك بعد الموت = ولا يصدق عند الاطلاق الا على الهبة .

ثم بعد مدة رايت في اواخر كتاب الهبة من حاشية الطحطاوي ما نصه : تنبيه : قال السيد الحموي اعلم ان التمليك يكون في معنى الهبة و يتم بالقبض واذا عرى عن القبض والتسليم ، اختلف العلماء فيه ، فقيل يجوز ، وقيل لا يجوز،قياساً على الهبة . واكثر المشايخ على انه يجوز بدون تسليم ، وانه غير الهبة ، لان التمليك والهبة شيئان اسما وحكما . اما الاسم ، فظاهر . واما حكما ، فلانه لو وهب الثمار على

رؤس الاشجار ، لا تجوز . ولو اقر بالتمليك يجوز ، فثبت ان التمليك يصح بدون التسليم ، وانه غير الهبة ، وعليه الفتوى ، وعمل الناس . وموت المقر بمنزلة التسليم بالاتفاق (كذا في المفتاح)

والمناسب في المقابلة ان يقول « ولو ملكه » لان الاقرار بالملك صورته ان يقول « هذا الشيء لفلان » وهو اخبار لا تمليك . الى هنا عبارة الطحطاوي ، فتأمله ، فانه لا يغاير ما قلناه من انه « ملكتك » لا يتوقف فيه صحة التمليك على بيان انه بعوض ام بغير عوض ، غير انه يفيد ان هناك تمليكا لا يسمى هبة ولا بيعاً ولا اجارة ولا اعارة ولا غيرها ، ولم نر من ذلك ، فتدبر وراجع .

ومن العجب ان الشارح سليم باز ذكر عبارة رد المحتار ولم يذكر قوله « وفي الكازروني خلافه » فيفهم منه من ليس عنده نقه ان كلام رد المحتار نص في المسئلة لا خلاف فيه لأحد ، ان فساده ظاهر .

المادة ٨٣٩ — ﴿ تنعقد الهبة بالتعاطي ﴾

اي بشرط قيام قرينة على ارادة الهبة ، سواء كانت مقالية او حالية .

ومنها العرف والعادة ، كمن دفع لفقير شيئاً وقبضه ، كما تقدم في شرح المادة السابقه .

المادة ٨٤٠ — ﴿ الارسال والقبض في الهبة والصدقة يقوم مقام الايجاب والقبول لفظاً ﴾

هذه المادة ذكرت توضيحا للمادة السابقه وتمثيلا لانعقاد الهبه بالتعاطي ، فلا بد من القرينة الدالة على الهبة ، كما تقدم .

ومنها العرف والعادة كما تقدم ، نقله عن الفتاوي الخيرية في شرح المادة

(٨٣٨) وهو ما يرضله الشخص في الاعراس ونحوها ٠

المادة ٨٤١ = ❊ القبض في الهبة كالقبول في البيع بناء عليه تتم الهبة اذا قبض الموهوب له في مجلس الهبة المال الموهوب بدون ان يقول قبلت او اتهبت عند ايجاب الواهب اي قوله وهبتك هذا المال ❊

يعني ان القبض في الهبة ليس نظير القبض في البيع ، بل هو نظير القبول فيه ، من حيث ان الحكم ، وهو الملك ، يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع (فتح)

ويتفرع على ذلك انه لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول ، كما في مجمع الانهر عن المبسوط ، وان الموهوب له لا يملك الموهوب قبل القبض وان وجد صريح القبول ، وان القبض يغني عن القبول ، وانه اي القبض في المجلس لا يحتاج الى اذن ، وانه يتقيد في المجلس حتى لو قبض بعد المجلس لا تصح الهبة الا ان يأذن الواهب صريحاً (ذكره الزيلعي) وانه لو نهاه الواهب عن القبض يكون رجوعاً عن الايجاب فلا يصح القبض بعده ولو كان في المجلس ، كما لو نهى البايع المشتري عن القبول ، كان ذلك رجوعاً عن الايجاب دلالة ، فلا يصح القبول بعده ولو في المجلس (شلبي عن الاتقاني)

وهذا كله بخلاف القبض في البيع ، فظهر انه قايم مقام القبول فيه ٠ وبهذا يعلم ان تعليل الشارح سليم باز لهذه المادة بقوله « لان القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة » خروج عن الجادة ناشئ عن جهل سرها ، وعدم ادراك غورها . على انه انما يستقيم علة لو كان المعال ان القبض في الهبة كالقبول فيها ، كما لا يخفى

المادة ٨٤٢ = ❊ يلزم اذن الواهب صراحة او دلالة في القبض ❊

هذه المادة مجملة وتفصيل مجملها في المادتين بعدها ٠

المادة ٨٤٣ = ايجاب الواهب اذن بالقبض دلالة . واما اذنه صراحة فهو قوله خذ هذا المال فاني وهبتك اياه ان كان المال حاضراً في مجلس الهبة وان كان غائباً فقوله وهبتك المال الفلاني اذهب وخذه ❋

هذه المادة بينت ماهية الاذن دلالة ، وماهية الاذن صراحة الجملتين في المادة السابقة . وكون ايجاب الواهب اذناً دلالة هو الاستحسان . والقياس ان لا يجوز الا باذنه ، لانه تصرف في ملك الغير ، فلا يجوز الا باذنه . وذلك لأن ملك الواهب قبل القبض باق بدليل صحة تصرفه من البيع ونحوه .
وجه الاستحسان ان القبض في الهبة كالقبول ، ولهذا لا يملك بها قبله ، و يغني عن القبول كما بينا . والمقصود من الايجاب اثبات الملك ، فيكون تسليطاً له على القبض دلالة ، اذ ملكه لا يتصور الا به (زيلعي مع زيادة من حاشيته للشلبي)

المادة ٨٤٤ = ❋ اذا اذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة و بعد الافتراق . واما اذنه بالقبض دلالة فمقيد في مجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق . مثلا لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح واما لو قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح . كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل اذهب وخذه فاذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح ❋

قد بينت هذه المادة ما اجملته المادة (٨٤٢) من الحكم المرتب على الاذن دلالة والحكم المترتب على الاذن صراحة ، بعد ان بينت المادة التي قبلها ماهية الاذنين . فصار حاصل ما ذكر في هذه المواد الثلاث ما في الهندية عن الذخيرة: القبض الذي يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها ، القبض باذن المالك . والاذن تارة يثبت نصاً وصريحاً ، وتارة يثبت دلالة . فالصريح ان يقول اقبضه اذا كان الموهوب حاضراً في المجلس ، او يقول اذهب واقبضه اذا كان غايباً عن المجلس . ثم اذا كان الموهوب حاضراً وقال له الواهب اقبضه فقبضه في المجلس او بعد الافتراق عن المجلس ، صح قبضه وملكه قياساً واستحساناً . ولو نهاه عن القبض بعد الهبة، لا يصح قبضه ، لا في المجلس ولا بعده . وان لم يأذن له بالقبض صريحاً ولم ينهه عنه ان قبضه في المجلس ، صح قبضه استحساناً لا قياساً . وان قبضه بعد الافتراق لا يصح قبضه قياساً واستحساناً . ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض ، ان كان القبض باذن الواهب ، جاز استحساناً لا قياساً . وان كان بغير اذنه لا يجوز قياساً واستحساناً اه .

وانما اقتصر الاذن دلالة على القبض في المجلس دون الاذن صراحة لان بقاء الايجاب على الصحة لا بد له من القبض ، واذا كان كذلك كان الاقدام على الايجاب اذناً للموهوب له بالقبض اقتضاء ، وما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ، والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحاً متى قبض في المجلس ، فلا يعتبر ثابتاً فيما وراء المجلس — بخلاف ما اذا اثبت الاذن نصاً وصراحة لان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس و بعد المجلس. والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة (افاده الشلبي معزياً للمبسوط)

فان قيل قد تقرر في المادة (٨٤١) ان القبض في الهبه كالقبول في البيع واذا كان كذلك فكيف صح الامر بالقبض بعد المجلس مع انه لا يصح امر البايع بالقبول بعد المجلس ، فقد صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير الى ما بعد المجلس ؟ اجيب كما في الفتح بأن الايجاب من البائع شطر العقد ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع فلم يقبل المشتري لا يحنث ، فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو

لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل ، يحنث استحساناً ، فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس اه — اي فلا يلزم من التشبيه ان يأخذ المشبه جميع احكام المشبه به .

وانت خبير بأن هذا الجواب انما يتمشى على ما تقدم عن البدائع من ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب . واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً . واما على القول بركنية القبول لكون الهبة عقداً ينعقد بالايجاب والقبول ، فلا ، فتدبر .

ﷻ فروع ﷻ

لو قال رجل لقوم قد وهبت دابتي هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ، ملكها . وكذا بقوله اذنت الناس جميعاً في ثمر نخلي من اخذ شيئاً فهو له فبلغ الناس ، فمن اخذ شيئاً يملكه . وظاهره ان من اخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له ، كما لا يخفى (كذا في البحر)

لو وضع ماله في الطريق ليكون للرافع ، جاز (مجمع الأنهر)

ولو وهب لرجل غلاماً فلم يقبضه الموهوب له حتى وهبه الواهب لرجل آخر ثم امرهما بالقبض فقبضاه ، فهو للثاني . وكذا لو امر الاول بالقبض فقبضه ، كان باطلاً (هندية) اي لانه لما وهب للثاني فقد رجع عن الأيجاب للأول ، فلا يصح قبضه كيفما كان .

قال لآخر : وهبت لك قفيزاً من هذه الصبرة فاكتال الموهوب له بحضرة الواهب ، لم يجز . ولو قال وهبت لك من هذه الصبره قفيزاً فاكتله فاكتاله ، جاز (هندية عن السراجية) ولينظر الفرق فانه في الاول وجد الاذن دلالة حيث اقتضاه الايجاب ، وفي الثاني صراحة بقوله « فاكتله » وهما سواء في الحكم اذا حصل القبض في المجلس ، كما تقدم آنفاً .

المادة ٨٤٥ — ﷻ للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضة من البائع ﷻ

يعني ان للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع من رجل آخر فقوله « من البائع » متعلق بالمصدر الذي هو القبض المضاف اليه « قبل »

وانما جاز للمشتري ذلك مع انه تصرف في المبيع قبل قبضه لان الهبة لما كانت لا تتم الا بالقبض ، صار الموهوب له نائباً عن الواهب ، وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه ثم بعد ان قبضه يصير قابضاً لنفسه ، فتتم الهبة بعد القبض

والحاصل انه قد تقرر في كتاب البيوع في « فصـل في التصرف في المبيع والثمن » ان ما ينفسخ من العقود بهلاك العوض قبل القبض كالبيع والاجارة لا يجوز التصرف في عوضه المعين عن ابي يوسف مطلقاً ، وعند محمد يجوز كل تصرف لا يتم الا بالقبض ، كالهبة والصدقة والاقراض والرهن والاعارة ، لما قلنا آنفاً وبقول محمد جزم في التنوير وغيره – بخلاف التصرف الذي يتم قبـل القبض ، كالبيع مثلا ، فانه لا يجوز ، لانه اذا قبضه المشتري من الثاني لا يكون قابضاً عن الاول ، لعدم توقف المبيع على القبض . فيلزم تمليك المبيع قبـل قبضه ، وهو لا يصح .

ثم ان هبة المشتري قبل القبض انما تصح اذا وهب لرجل آخر غير البائع . اما لو وهب من البائع ، فان قبل البائع الهبة انتقض البيع وكانت الهبة مجازاً عن الاقالة كما صرح به في التنوير في الفصل المذكور من كتاب البيوع . وان لم يقبل بطلت الهبة وبقي البيع نافذاً . وانما لم تصح الهبة مع القبول وكانت مجازاً عن الاقالة لان الهبة لا تتم الا بالقبض ، وقبض البائع لا ينوب عن قبض المشتري ، كما في رد المحتار عن شرح المجمع .

وبما ذكرنا تعلم ان الشارح سليم باز قد علق قوله في هذه المادة « من البايع » بقوله « يهب » فركب متن عمياء . وخبط خبط عشواء .

المادة ٨٤٦ = ✵ من وهب ماله الذي في يد آخر له تتم الهبة بقبول الموهوب له ولا حاجة الى القبض والتسليم مرة اخرى ✵

في ترجمة هذه المادة ركاكة لخلو جملة الخبر فيها عن ضمير المبتدأ ، وهو «من» الموصولة . فالاولى في الترجمة ان يقول «من كان في يده مال لآخر فوهبه له صاحبه تتم الهبة منه ويملك المال الموهوب بمجرد قوله قبلت او اتهبت ولا حاجة الى قبض جديد »

قال الزيلعي : لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له ، ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يجدد فيها قبضاً ، لأن القبض ثابت فيها ، وهو الشرط ، سواء كانت في يده امانة او مضمونة ، لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون ، والمضمون ينوب عنهما .

والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ، ناب احدهما عن الآخر ، لاتحادهما جنساً . واذا اختلفا ، ناب الاقوى عن الاضعف ، دون العكس .

وهذا اذا كان الموهوب في يده مضموناً كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه ، لان الموهوب ، في يده حقيقة وحكماً ، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة . وكذا اذا كان في يده عارية او اجارة ، لأن قبضها لنفسه وبده ثابتة فيه . واما اذا كانت في يده بطريق الوديعة ، فمشكل ، لأن يده يد المالك ، لانه نائب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك ، فكيف ينوب عن قبض الهبة ؟ بل ينبغي ان يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب . ودفع الاشكال ان للمودع يداً حقيقة على الوديعة ، فباعتبارها نزل قابضاً لأنا اقمنا يده مقام يد المالك حكماً ما دام عاملاً له . و بعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة (اه بقليل اختصار وتوضيح)

وفي رد المحتار عن (ط) : وانما اشترط القبول نصاً لانه اذا لم يوجد كذلك وقد قلنا انه لا حاجة الى قبض جديد يقع الملك فيها بغير رضاه ولا يجوز ذلك لما فيه من توهم الضرر – بخلاف ما اذا لم يكن في يده وامره بقبضه ، فانه يصح اذا قبض ولا يشترط القبول ، لان اقدامه على القبض يكون قبولا ورضى منه بوقوع الملك له ، فيملكه اه .

المادة ٨٤٧ — ❋ اذا وهب احد دينه للمديون او ابرأ ذمته عن الدين ولم يرده المديون تصح الهبة و يسقط عنه الدين في الحال ❋

ولا يتوقف صحة الهبة والابراء على القبول . وحاصل هذه المسئلة ان هبة الدين ممن عليه كالابراء من الدين فيه معنى التمليك ومعني الاسقاط . فمن حيث الاسقاط لا يتوقف على القبول ، ومن حيث التمليك يرتد بالرد .

ثم هل يتقيد الرد في المجلس بمعني انه لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ، تم الابراء والهبة فلا يرتد بعد ذلك بالرد ، او لا يتقيد فيه ، حتى لو رد بعد المجلس يرتد ؟ — قولان مصححان ، وعدم التقييد في المجلس اصح كما في الدر وحواشيه .

وفي المنح : فان قلت هذا ، اي كون كل من هبة الدين ممن عليه والابراء يتم من غير قبول ، منقوض بدين الصرف والسلم ، فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له توقف على قبوله ، قلت : اجيب عنه بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين ، بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وعقد السلم ، واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه ، فلهذا توقف اه

وفي الاشباه : الابراء يرتد بالرد ، الا في مسائل . الاولى : اذا ابرأ المحتال المحال عليه فرده ، لا يرتد . و كذا اذا قال المديون ابرئني فابرأه . و كذ اذا ابرأ الطالب الكفيل . وقيل يرتد .

الرابعة اذا قبله ثم رده ، لم يرتد اه .

وفي الهندية : واما هبة الدين من الكفيل وابراؤه عن الدين ، فالهبة منه لا تتم بدون القبول ، وترتد بالرد . وابراؤه يتم من غير قبول ولا يرتد بالرد . وان وهب الدين الذي على الاصيل او ابرأه فمات قبل الرد ، فهو بريء . وكذلك لو كان ميتاً فابرأه منه وجعله في حل منه ، فهو جائز . فان رد الوارث هذا الابراء ، يعمل رده ويقضى بالمال . وهذا قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى لا يعمل رده ، والبراءة ماضية على حالها (كذا في الذخيرة)

وفي فتاوي قاضيخان : رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين لوارث المديون ، صح ، سواء كانت التركة مستغرقة ام لم تكن اه ولو رد الوارث الهبة ترتد بالرد ، خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى . ولو وهب لبعض الورثـة ، فالهبة لكلهم . ولو ابرأ الوارث صح ايضاً (هندية عن الوجيز للكردري) وتمام هذه المسايل فيها .

المادة ٨٤٨ = ✻ من وهب دينه الذي هو في ذمة احـد لآخر واذنه صراحة بالقبض بقوله اذهب فخذه فذهب الموهوب له وقبض تتم الهبة ✻

لان تمليك الدين من ليس عليه الدين باطل ، الا اذا سلطه على القبض ، كما في التنوير وغيره .

قالوا : فيصح حينئذ ويصير وكيلا قابضاً عن الموكل ، ثم لنفسه . قال في رد المحتار : معزياً للاشباه : ومقتضى هذا صحة عزله عن التسليط قبـل القبض . واذا قبض بدل الدراهم دنانير ، صح ، لانه صار الحق للموهوب له ، فملك الاستبدال . واذا نوى في ذلك التصدق بالزكاة اجزأه اه .

ولا بد من ان يكون التسليط نصاً بأن يقول له اذهب فخذه او اقبضه ، كما نصت عليه هذه المادة . حتى لو وهبت المراة من ابنها ما لها على ابيه من مهر او دين ، فالصحيح انها لا تصح هذه الهبة ، الا اذا وهبت وسلطت ولدها على القبض فحينئذ يجوز ويكون ملكا للولد اذا قبض (نص عليه في الاشباه ، وكذا في الهندية عن قاضي خان وكذا في جامع الفصولين)

قال في رد المحتار : وينظر فيما اذا كان الابن لا يعقل ، فان القبض يكون لابيه . فهل يشترط ان يفرز الاب قدر المهر ويقبضه لابنه ، او يكفي قبوله كما في هبة الدين ممن عليه الدين اه — اقول : والظاهر الثاني ، حيث كان القبض للاب ، لان الموهوب كان في يده قبض ضمان فينوب عن قبض الامانة ، كما تقدم .

قيل: ويستثنى من قولهم « تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل » الحوالة والوصية ، فانه اذا كان المحال عليه مدبون المحيل وقد احال شخصاً له دين على المحيل ، فان ما في ذمة المحيل للمحتال قد انتقل الى ذمة المحال عليه ، فصار ما في ذمة المحال عليه للمحيل ملكاً للمحتال بمجرد الحوالة ، بلا تسليط على القبض . وكذا الموصي له بالثلث اذا كان في التركة ديون ، يملك من الديون بقدر وصيته بلا تسليط ايضاً .

ودفع بأنه لا استثناء اصلاً لأن تعبيرهم بالانتقال في الحوالة المذكورة يفيد ان المحال لم يملك ما في ذمة المحال عليه من الدين ، وانما هو لما رضي بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل ، فاذا دفع له بأمره وقعت المقاصّة بينهما . واما الوصية ، فان الموصى له المذكور لم يملك شيئاً من الديون ، وانما ملك المطالبة . وانما يصير ملكاً حقيقة اذا صار عيناً (افاده ط) .

ثم قال : وايضاً المحال مسلط على قبض المحال به من المحال عليه . ويقال في الوصية ليس فيها تمليك ، وانما هو تسليط ايضاً ، فرجع الأمر الى التسليط في الكل اه .

وفيه نظر ، اذ لا يشترط لصحة الحوالة والوصية التسليط نصاً . وقد علمت ان التنصيص دلالة لا تكفي لصحة التمليك . لا يقال ان قوله احلت او اوصيت لفلان بمنزلة قوله اقبضه ، لأنا نقول هذا غير مسلم ، والا لكان قول الأم مثلاً وهبت ولدي كذلك ، فالأولى الاقتصار على الدفع الأول . قال في الدر: ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على ان يكون له ، لم يجز ولو كان وكيلاً بالبيع فصولين اه .

قال (ط) الا ان يسلطه الدائن على المديون ويقبضه منه . ونقل في الأشباه قولين بالجواز وعدمه ، وقدم الجواز ، وظاهره اعتماده اه .

وكتب على قول الدر : ولو كان وكيلاً بالبيع اي فقضى للموكل الثمن ليصير ما بذمة المشتري له ، لا يصح ، فيكون القضاء على هذا فاسداً ، ويرجع البائع يعني الوكيل على الآمر يعني الموكل بما اعطاه ، وكان الثمن على المشتري على حاله اه (اشباه) - الا ان يسلطه الموكل على القبض بعد الدفع . اما قبله ،

فالولاية في الطلب له كما لا يخفى اه ·

اقول : قد علمت ان ظاهر الاشباه اعتماد القول بالجواز مطلقاً ، فأولى ان يجوز في صورة الوكيل · ويملك ما في ذمة المشتري لأن له وجهاً وجيهاً ، وهو ان الوكيل بالبيع مسلط شرعاً على قبض الثمن ، فلا حاجة فيه الى تسليط المملك · وفي الدر متناً وشرحاً ·

وليس منه ، اي من تمليك الدين ممن ليس عليه الدين ، ما اذا اقر الداين ان الدين لفلان وان اسمه في كتاب الدين عارية ، حيث صح اقراره لكونه اخباراً لا تمليكاً ، فللمقر له قبضه اه فيبرأ المديون بدفعه كما يبرأ بدفعه الى المقر ، كما في المنح · لكن لا يحل الدين للمقر له ديانة لان الاقرار لا يكون سبباً للملك ما لم يملكه اياه بعد ان قبضه ، او يكون المقر صادقاً في اخباره ·

المادة ٨٤٩ — ﴿ اذا توفي الواهب او الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة ﴾

لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة ولو وهب في مرضه ولم يسلم حتى مات ، بطلت الهبة ، لأنه وان كان وصية حتى اعتبر فيها الثلث ، فهو هبة حقيقة فيحتاج الى القبض (رد المحتار) ·

المادة ٨٥٠ — ﴿ اذا وهب احد لابنه الكبير البالغ العاقل شيئاً يلزم التسليم ﴾

وبدون قبضه لا تتم الهبة ، اذ لا فرق بينه و بين الاجنبي حينئذ ·

المادة ٨٥١ — ﴿ يملك الصغير المال الذي وهبه اياه وصيه او

مربيه يعني من هو في حجره وتربيته الذي في يده او الذي كان وديعة عند غيره بمجرد الايجاب او بمجرد قول الواهب وهبت ولا يحتاج الى القبض ❋

لا تخلو هذه الترجمة من قلاقة . والمراد ان وصي الصغير وهو من كان له ولاية التصرف في ماله ، كابيه ووصيه ووصي القاضي . وكذا من كان الصغير في حجره وتربيته كاخيه وعمه وملتقطه عند عدم من له ولاية التصرف في ماله ، اذا وهب الصغير شيئاً من ماله الموجود في يده حقيقة او حكماً ، كأن كان في يد مودعه او مستعيره ، تتم هبته بمجرد الايجاب ، ولا تتوقف على قبول ولا على قبض لو الموهوب معلوماً .

والاصل ان كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالايجاب بخلاف ما لو وهبه مالاً لم يكن في يده لا حقيقة ولا حكماً ، بأن كان في يد غاصبه او مستأجره او مرتهنه او المشتري منه شراء فاسداً ، فان الهبة حينئذ لا تتم . واستظهر السايحاني انه اذا انقضت الاجارة او رد الغصب تتم الهبة كما تتم في نظائره .

وقد افاد التقييد بقوله « عند عدم من له ولاية التصرف في ماله » ان قبض غير من له ولاية التصرف مشروط بشرطين : عدم من له ولاية التصرف ، وكون الصغير في عياله . والظاهر ان القول الصحيح ، الآتي ، في انه لا يشترط عدم الاب في الهبة الصادرة من الاجنبي ، يتأتى هنا .

هذا حاصل ما في الدر وحواشيه . وانما كانت يد المودع والمستعير يد المالك حكماً لان كل واحد منهما قابض للمالك لكون العين غير مضمونة عليهما ، بخلاف الغاصب ونحوه والضمان انما يكون بتفويت اليد (درر)

المادة ٨٥٢ = ❋ اذا وهب احد شيئاً لطفل تتم الهبة بقبض وليه او مربيه ❋

المراد بوليه من له ولاية التصرف في ماله كأبيه ، ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه ·

والمراد بمربيه من كان الصغير في حجره وتربيته ، سواء كان ذا رحم محرم كأمه وعمه واخيه ، او لا ، كأجنبي · وعطف المربي على الولي بأو المقتضية للتخيير بين احد الشيئين ، ظاهرٌ في ان قبض المربي مع وجود الولي ولو ابا ، صحيحٌ تتم به الهبة · وهذا هو الصحيح كما في الخانية ، وبه يفتى كما في مشتمل الأحكام · وعليه الفتوى كما في فصول الاستروشني ·

وقيل : لا يجوز قبض المربي مع وجود احد الاولياء ، وكذا لا يجوز قبض الادنى من الاولياء مع وجود الاعلى . وهذا ما اعتمده في الهداية والجوهرة والبدائع · قالوا : لان تصرف المربي كان للضرورة ، ولا ضرورة مع وجود الولي · ووجه القول المفتى به ان للمربي ولاية التصرف النافع لثبوت يدهم عليه ، حتى لا يكون لغيرهم نزعه من ايديهم ، فكانوا احق بحفظه ، وتحصيل المال من ضرورات حفظه ، لصرفه في قوته وملبوسه · وظاهر التنوير اعتماد ما في الخانية · وانت تعلم انه لا يعدل عن تصحيح قاضي خان ، لانه فقيه النفس ، ولذا مشت عليه المجلة ·

المادة ٨٥٣ — ❋ اذا وهب شيء للصبي المميز تتم الهبة بقبضه اياها وان كان له وليٌّ ❋

المراد بالمميز من يعقل تحصيل المال · وانما صح قبضه لأنه جعل في التصرف النافع الذي لا يحتمل ضرراً كالبالغ ، فينفذ نظراً له · وجاز تصرف الولي له في هذه الحالة نظراً له ايضاً ، حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين (ط) ·

وفي الدر عن الاشباه : حتى لو وهب له اعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته ، لم يصح قبوله · وكما يصح قبول الصبي يصح رده لها ، كما في التنوير وغيره ·

قال (ط) : وانظر حكم رد الولي · والظاهر انه لا يصح ، حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه ، صح · وهل يكره ذلك لانه لا مصلحة فيه ، الظاهر نعم ·

المادة ٨٥٤ = ❋ الهبة المضافة ليست بصحيحة . مثلاً لو قال وهبتك الشيء الفلاني في رأس الشهر الآتي لا تصح الهبة ❋

قال في الهندية : اما الشرايط التي ترجع الى ركن الهبة فهو ان لا يكون معلقاً بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلك ، ولا مضافاً الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً او رأس شهر كذا (كذافي البدائع)

وفي الخانية : لو وهب شيئاً على ان الموهوب له بالخيار ثلاثة ايام ، ان اجاز قبل الافتراق ، جاز . وان لم يجز حتى افترقا ، لم يجز .

ولو وهب شيئاً على ان الواهب بالخيار ثلاثة ايام ، صحت الهبة وبطل الخيار ، لان الهبة عقد غير لازم ، فلا يصح فيه شرط الخيار اه وفي الهندية : رجل له على آخر الف درهم ، فقال : اذا جاء غد فالالف لك ، او قال انت بريء منه ، او قال اذا اديت الي نصف المال فأنت بريء من النصف الباقي ، او قال فلك النصف الباقي ، فهو باطل (كذا في الجامع الصغير)

هذا اذا وقعت الهبة مضافة او معلقة بشرط . اما لو شرط فيها شرط فاسد ، فالهبة جايزة والشرط باطل ، كمن وهب لرجل دابة فاشترط عليه ان لا يبيعها ، او ان يبيعها من فلان او يردها عليه بعد شهر ، او وهب له داراً او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئاً منها او يعوضه شيئاً منها ، فالهبة جائزة . وهذه الشروط كلها باطلة .

والاصل في هذا ان كل عقد من شرطه القبض ، فإن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن (افاده في الهندية)

وفي التنوير وشرحه الدر : لا يصح تعليق الابراء عن الدين بشرط محض ، كقوله لمديونه اذا جاء غد او ان مت (بفتح التاء) فانت بريء من الدين او ان متّ من مرضك هذا ، اوان مت من مرضى هذا ، فانت في حل من مهري ،

فهو باطل ، لانها مخاطرة ٠

وتعليق الابرا. بشرط كائن فيكون تنجيزاً ، كقوله لمديونه ان كان لي عليك دين ابرأتك منه ، صح ٠ وكذا ان مت (بضم التاء) فانت بري٠ منه ، او في حل ، جاز وكان وصية ، والوصية تحتمل التعليق اه ولهذا ، اي لكون الهبة تبطل ان كانت مضافة او معلقة بماله خطر الوجود والعدم ، وتصح ويبطل الشرط ، اذا وجد فيها شرط فاسد ، اجمعت المتون على جواز العمري وعدم جواز الرقبى ، لان العمري (بالضم) هي ان يجعل داره له عمره ، فاذا مات ترد عليه ، فهي هبة منجزة شرط فيها شرط فاسد ، فتصح و يبطل الشرط ٠ والرقبى (بالضم ايضاً) هي ان تقول ان مت قبلك فهي لك ، فهي هبة معلقة بخطر لاحتمال موت الموهوب له قبل الواهب (افاده في رد المحتار)

وفيه عن كافي الحاكم : رجلٌ قال لرجلين : عبدي هذا لاطولكما حياة ، او قال عبدي هذا حبيس على اطولكما حياة ، فهذا باطل ، وهو الرقبى و كذلك لو قال لرجل داري لك حبيس ٠

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد ٠ وقال ابو يوسف : اما انا فأرى انه اذا قال داري لك حبيس ، فهي له اذا قبضها . وقوله حبيس ، باطل ٠ و كذلك اذا قال هي لك رقبي اه ٠

وفيه ايضاً : فاذا قال داري هذه لك عمري تسكنها وسلمها اليه ، فهي هبة ٠ وهي بمنزلة قوله طعامي هذا لك تأكله ، وهذا الثوب لك تلبسه ٠ وان قال وهبت لك هذا العبد لك حياتك وحياته فقبضه ، فهو هبة جائزة ٠ وقوله « حياتك » باطل ٠ و كذا لو قال اعمرتك داري هذه حياتك ، او قال اعطيتكها حياتك فاذا مت فهي لي واذا مت انا فهي لوارثي اه ٠

المادة ٨٥٥ — ❊ تصح الهبة بشرط العوض و يعتبر الشرط ٠

مثلا لو وهب احد لآخر شيئاً بشرط ان يعطيه كذا عوضاً ، او يؤدي دينه المعلوم المقدار ، تلزم الهبة اذا راعي الموهوب له الشرط والا فللواهب

الرجوع عن الهبة . كذلك لو وهب احد وسلم عقاراً مملوكاً له لآخر بشرط ان يقوم بنفقة الواهب الى وفاته ثم ندم فاراد الرجوع عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضياً بانفاقه على وفق ذلك الشرط ❋

اعلم انه ذكر في الدر وحواشيه ومثله في الملتقى وشروحه والدرر وغيرها انه اذا وقعت الهبة بشرط العوض فهي هبة ابتداء وبيع انتهاء . ويتفرع على كونها هبة انه يشترط لتمامها التقابض في العوضين يعني في العين الموهوبة والعوض عنها في المجلس مطلقاً او بعده بالاذن . ولا يثبت الملك لاحد منهما قبل القبض ، ولكل واحد منهما ان يمتنع عن التسليم . وكذا لو قبض احدهما فقط ، فلكل الرجوع ، القابض وغيره سواء ، ويبطل العوض بالشيوع فيما يقسم

ويتفرع على كونها بيعاً انتهاء انه اذا اتصل القبض بالعوضين فلكل واحد منهما ان يرد ما بيده بخيار العيب وبخيار الرؤية ، وان يرجع في الاستحقاق على صاحبه بما في يده لو قائماً ، وبمثله او قيمته لو هالكا ، ويؤخذ بالشفعة .

هذا اذا قال وهبتك على ان تعوضني كذا . اما لو قال وهبتك بكذا ، فهو بيع ابتداء وانتهاء ، لان الباء للمقابلة اهـ .

واتفقت المتون على صحة الهبة وبطلان الشرط ، فيما لو جعل العوض عين الموهوب او بعضاً منه معلوماً او مجهولاً ، كأن وهبه داراً على ان يردها عليه او يعوضه شيئاً منها ولو معيناً كثلثها او ربعها او بيت معين منها ، فيبطل شرط العوض لفساده لكونها مخالفا لمقتضى العقد ، وتصح الهبة لكونها لا تبطل بالشروط الفاسدة .

ثم هل يشترط معلومية العوض ؟ اضطرب كلامهم هنا ، ففي الدر ما يفيد انه يشترط ذلك لا لصحة الهبة ، بل لكونها بيعاً انتهاء . وعبارته « قيد العوض بكونه معلوماً لانه لو كان مجهولا بطل اشتراطه فتكون هبة ابتداء وانتهاء » وعبارة صدر الشريعة « وانما يصح العوض اذا كان معلوماً » والى هذا يشير كلام البحر والمنح والدرر . واما كلام الخانية ، فتارة تراه صريحاً في انه يشترط لصحة الهبة ايضاً

وتارة تراه يشير الى ان معلومية العوض غير شرط اصلا ، فيصح كل من الهبة والشرط على كونه مجهولا ، يعني انه تصح الهبة ويعتبر الشرط ايضاً . فانه قال قبيل « فصل في هبة المشاع » رجلٌ وهب لآخر ارضاً على ان ما يخرج منها من غلة ينفق الموهوب له ذلك على الواهب ، قال ابو القاسم : ان كان في الارض كرم او اشجار ، جازت الهبة وبطل الشرط . وان كانت الارض قراحاً ، فالهبة فاسدة . قال الفقيه ابو الليث : لان في الثمر شرط على الموهوب له رد بعض الهبة على الواهب ، فتجوز الهبة ويبطل الشرط ، لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . وفي الارض القراح شرط على الموهوب له عوضاً مجهولا لان الخارج من الارض نماء ملكه فيكون له فيكون مفسداً للهبة اه .

وفيها ايضاً ، آخر فصل في العوض : رجل وهب لرجل عبداً بشرط ان يعوضه ثوباً ، ان تقابضا ، جاز وان لم يتقابضا ، لم يجز اه .

وفي صرة الفتاوي عن الوجيز ، يعني البزازية : وهب من رجل ارضاً وسلمها اليه وشرط عليه ان ينفق على الواهب من الخارج ، فالهبة فاسدة . ولو كان الموهوب كرماً وشرط عليه ان ينفق على الواهب من ثمرته ، فالهبة صحيحة والشرط باطل ، لان ثمرة الكرم موهوبة تبعاً له . فقد شرط رد بعض الموهوب فيكون شرطاً فاسداً فصحت الهبة والخارج من الارض ملك الموهوب له لا الواهب ، لانه خرج من بده ، وقد شرط عليه عوضاً مجهولا . والهبة بعوض مجهول فاسدة اه .

وفي صرة الفتاوي ايضاً ، معزياً لجامع الفتاوى ، ما نصه : لو قالت امرأة لزوجها وهبت لك هذا على ان تحسن اليّ فلم يحسن اليها ، فالمختار ان الهبة باطلة وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض المجهول اه .

واما ما يشير من كلام الخانية وغيرها الى ان المعلومية غير شرط وان الهبة مع الجهالة صحيحة والشرط معتبر ، فقد ذكر في « فصل في هبة المرأة مهرها من الزوج » ما نصه : اذا تركت المرأة مهرها على الزوج على ان يحج بها وقبل الزوج ذلك ولم يحج بها ، كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول .

امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطعها في كل حول ثوباً مرتين وقبل الزوج ذلك فمضى حولان ولم يقطع ، قال الشيخ الامام الاجل ابو بكر محمد بن الفضل :

ان كان ذلك شرطاً في الهبة فمهرها عليه على حاله ، لان هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض ، فاذا لم يحصل العوض ، لا تصح الهبة ، وان لم يكن ذلك شرطاً في الهبة ، سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك . وكذا لو وهب مهرها على ان يحسن اليها ولم يحسن ، كانت الهبة باطلة ، وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض اه .

فان هذه النصوص تشير الى ان الموهوب له اذا وفى بما شرط عليه الواهب ، تصح الهبة ويعتبر الشرط كما ترى ، وان الواهب لا يملك الرجوع كما اذا كانت الهبة بشرط عوض معلوم .

والحاصل ان النقول في هذه المسئلة متباينة ، ولم يظهر وجه التوفيق والجمع بينها هذا . وذكر في مجمع الانهر ان كون العوض المجهول شرطاً فاسداً موافق للخانية في مسئلة هبة الارض بشرط انفاق ما يخرج منها على الواهب ، لكنه مخالف لما قال التمرتاشي من انه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض ، جاز ، لان الهبة تقتضي عوضاً مجهولا اه .

وقوله « شرطاً فاسداً » لعل صوابه « شرطاً مفسداً » اي للهبة كما سمعت التصريح به عن الخانية ، وبه تظهر المخالفة بين ما في الخانية وبين ما قاله التمرتاشي ، فان كلام التمرتاشي يمكن تطبيقه على ما تقدم عن الدر وغيره ، ويمكن تطبيقه ايضاً على ما تقدم نقله عن الخانية اخيراً . ويؤيد الثاني قوله « لان الهبة تقتضي عوضاً مجهولاً » تأمل .

وقول جامع الفتاوى : فالمختار ان الهبة باطلة الخ ، وكذا قول الخانية في مسئلة ترك المهر « بشرط ان يحج بها . والفتوى على هذا القول » مشعر بأن في المسئلة خلافاً ، وان ما مشى عليه في الدر وغيره خلاف المختار ، فتأمل وراجع ، فان المقام محتاج الى التحرير .

اذا تمهد هذا تعلم ان المثال الثاني المذكور في هذه المادة لا يتمشى على واحد من القولين الاولين ، فان العوض في هذا المثال مجهول كما ترى . فان قلنا بصحة الهبة وبطلان الشرط جرياً على ما افاده في الدر وغيره ، يلزم ان يكون الشرط لاغياً والهبة وقعت بلا عوض ، فللواهب الرجوع بهبته ان كانت قائمة — الا ان يكون هناك مانع من الرجوع كقرابة او زوجية . وان قلنا بفساد الهبة حيث

كان البدل مجهولا جرياً على ما صرح به في الخانية والبزازية وجامع الفتاوى، فللواهب ايضاً الرجوع بعين الهبة ان كانت قائمة ، وبمثلها او قيمتها ان كانت هالكة ، لان المقبوض في الهبة الفاسدة مضمون كما صرحوا به . نعم يتمشى على ما نقلناه عن الخانية اخيراً ، وهو ما يشير الى ان الهبة مع جهالة العوض صحيحة والشرط فيها معتبر ما دام الموهوب له موفياً به . ولعل المجلة اخذت به لتصريح الخانية بان الفتوى عليه . لا يقال ان اتفاق المتون على انه يشترط التقابض في البدلين في الهبة بشرط العوض ينافي صحة الهبة ، واعتبار شرط العوض المجهول ، اذ يمكن ان يجاب بأن اشتراط التقابض في البدلين انما هو لصيرورة الهبة هبة بعوض حقيقة ، بحيث يصير بيعاً انتهاء فيترتب عليها ما يترتب على البيع من ثبوت الشفعة والرد بخيار العيب والرؤية — بخلاف الهبة فيما لو كان العوض مجهولا ، فانها وان صحت واعتبر الشرط فيها ، لكنها ليست هبة بعوض حقيقة ، فلا تكون بيعاً انتهاء، بل هي بمنزلتها من حيث لزوم الهبة وعدم ثبوت الرجوع فيها فقط . هذا غاية ما ظهر لي فتأمله وحرر .

ثم رأيت في فتاوى علي افندي ما نصه : هند ملك عقاربني قرانداش اوغلو عمروه بني اولنجيه قدر بسلمك اوزره ساكه هبة ايتدم ديو هبه وتسليم عمرو دخي قبض ايدوب برسنه بسلمه عمرو هند اولنجيه قدر بسلمكه راضي ايكن هند هبه سنة نادمه اولوب عقاري عمرودن المغه قادر اولورمى ؟ الجواب اولماز » والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (قاضيخان ، في آخر هبة المشاع من كتاب الهبة اه)

فان الجواب بقوله « لا تكون هند الواهبة قادرة على الرجوع بالهبة » يحتمل ان يكون المراد منه ان كلاً من الهبة والشرط صحيح ، وان هنداً لا تملك الرجوع عن الهبة ما دام الموهوب له قائماً بما شرطته عليه من الانفاق عليها الى ان تموت ويؤيد هذا الاحتمال ترتيب السؤال على وجه علق فيه عدم صحة رجوع هند بهبتها على كون الموهوب له راضياً بما شرطته عليه وقائماً به ، فيكون المثال المذكور منطبقاً عليه ، وهما منطبقان على ما تقدم اخيراً عن الخانية ، وقال ان الفتوى عليه

ويحتمل ان يكون المراد منه ان الهبة صحيحة والشرط باطل ، وانما عدم صحة رجوعها عن الهبة وجود المانع من الرجوع ، وهو القرابة ، لكون الموهوب له

ابن اخيها . ويؤيد هذا الاحتمال استدلاله بما نقله عن قاضيخان من ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، فيكون منطبقاً على ما تقدم عن الدر وغيره : هذا غاية ما ظهر لي في هذا المقام ، فتأمله وراجع .

ثم بعد مدة رأيت في حاشية ابي السعود على شرح مسكين ما نصه قال شيخ الاسلام انها ، يعني الشروط الفاسدة التي لا تبطل بها الهبة ، هي التي تفسد البيع مع كونها غير آيلة الى الهبة بشرط العوض ، كما يظهر ذلك من فتاوي قاضيخان وغيره فان كانت الشروط كذلك كهبة مهرها بشرط ان يحج بها او يحسن اليها او يقطع لها في كل حول ثوباً مرتين،فأنهم جعلوا اشتراط نفقةالحج والاحسان اليها وقطع الثوب بمنزلة شرط العوض ، بل جعل بعض المشايخ شرط ترك ظلمها في هبتها مهرها او شرط المكث معها ، مثله في الحكم ، فحكموا ببطلان هبتها اذا ظلمها او لم يمكث معها ، وهو المختار . وكانه لانتفاعها بهما لشبههما بالعوض في الجملة وان لم يكونا عوضين حقيقة فكأنهم عملوا فيه بالشبهين فافسدوا الهبة متى لم يحصل النفع المشروط للواهب لشبهه بالعوض ، فانه لا تتم الهبة اذا لم يحصل العوض . وصححوها متى حصل النفع المشروط وان كان مجهولاً جهالة فاحشة ، كترك الظلم المجهول لجهالة مدته ، ولانه ليس بعوض حقيقة .

وهذا بخلاف الشروط المذكورة في الكتاب ، يعني في المتون ، وهي ما لو وهب امةً على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يستولدها ، او داراً على ان يرد عليه شيئاً منها او يعوضه شيئاً منها . واما اذا شرط عوضاً مجهولاً جهالةً فاحشةً كما اذا شرط ان ينفق على الواهب ما يخرج من الارض القراح الموهوبة ، فالهبة فاسدة مطلقاً ، كما صرحوا به والظاهر ان الفساد لكونه تعليق الهبة بالخطر ، اذ الخروج موهوم. هذا ما فهمت من كتب الفتاوى . كذا ذكره جوى زاده اه

فرحم الله هذا الامام الجليل حيث لشعر بما وقع في كلامهم من التدافع والتباين ، فاتى من التوفيق والحمل بما لم يسبقه اليه سابق ، ولا وصل اليه بعده لاحق ، فحمل القول بصحة الهبة وبطلان الشرط على ما اذا كان الشرط غير آيل الى الهبة بشرط العوض ، كالشروط المذكورة في المتون التي شرحها مثل صاحب الدر وصاحب المنح وصاحب الدرر وصاحب البحر ، وهو ما اذا كان العوض المشروط بعضاً من

الموهوب ، فإن الهبة حينئذٍ آيلة الى فسخها برد بعضها .

وحمل القول بأن جهالة العوض مفسدة للهبة على ما اذا كانت الجهالة فاحشة بأن جعل العوض معلقاً معنى على خطر اي امر موهوم .

وحمل القول الثالث ، وهو صحة الهبة ان وفى الموهوب له بالشرط وفسادها ان لم يوف به ، على ماذا كانت الجهالة غير فاحشة بأن لم تكن معلقة على امر موهوم ، فحل العقال وازال الاشكال ، وابان ان تمثيل هذه المادة بالمثال الثاني ، صحيح عند الاقاصي والاداني .

الباب الثاني

في بيان شرائط الهبة

شرائط الهبة ، كما في الهندية انواع ، يرجع بعضها الى نفس الركن وقدتقدم هذا في المادة (٨٥٤) وبعضها يرجع الى الواهب ، كما سيأتي بالمادة (٨٥٩)

وبعضها يرجع الى الموهوب ، وهو انواع ، منها : ان يكون مالاً متقوماً ، فلا تجوز هبته ، ما ليس بمال اصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والخنزير وغير ذلك ، ولا هبة ما ليس بمال متقوم كالخمر .

ومنها : ان يكون الموهوب مقبوضاً . وقد تقدم هذا في المادة (٨٤١)

ومنها : ان يكون الموهوب مقسوماً ، وسنذكره آخر هذا الباب .

ومنها : ان لا يكون الموهوب متصلاً ولا مشغولاً بغير الموهوب ، وقدمناه في شرح المادة (٨٣٧) .

ومنها : ان يكون مملوكاً ، وسيأتي في المادة (٨٥٧) وشرحها .

ومنها : ان يكون الموهوب موجوداً وقت الهبة ، وهو ما ذكر بقوله :

المادة (٨٥٦) — يشترط وجود الموهوب في وقت الهبة بنا

علیه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك او ولد فرس سيولد ﴿

المراد بهبة عنب بستان سيدرك ان يهبه مايثمره البستان في هذه السنة ، ليصح كونه معدوماً . والا فعدم صحة هبته لكونه غير محوز لا لكونه معدوماً .

واما هبة ولد الفرس فلا تصح مطلقاً ، لانها ان لم تكن حاملا به فهو معدوم حقيقة . وان كانت حاملا به ففي وجوده احتمال ، فصار كالمعدوم .

وعبارة الهندية معزياً لجواهر الاخلاطي : ولا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما تثمر نخيله العام ، او ما تلد اغنامه السنة ونحو ذلك . وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية او ما في بطن هذه الشاة اوما في ضرعهاوان سلطه على القبض عند الولادة والحلب . وكذلك لو وهب زبداً في لبن اودهناً في سمسم او دقيقاً في حنطة ، لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه ، لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد ، وهو الاصح اه .

لكن قوله « او ما في ضرعها وان سلطه على القبض عند الحلب » يخالفه مافي التنوير وشرحه الدر : ولا تصح هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل فيارض وتمر في نخل ، لأنه كمشاع . ولو فصله وسلمه ، جاز لزوال المانع .

وهل يكفي فصل الموهوب له بأذن الواهب ؟ ظاهر الدرر نعم اه .

وانما جاز في اللبن في الضرع اذا فصله وسلمه وان كان في وجوده شك ، لانه قد يكون ريحاً او دماً ، لترجح جانب الوجود بالتصرف فيه ، فانه بانفصاله تيقن وجوده ، بخلاف هبة الحمل فانه لا يصح ولو سلمه بعد الولادة ، لعدم امكان التصرف وقت الهبة (افاده الطحطاوي)

المادة ٨٥٧ = ﴿ يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب . فلو وهب احد مال غيره لا تصح ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المال تصح ﴿

عبارة الهندية عن البدائع هكذا : ومنها ، اي من الشروط التي ترجع الى الموهوب ، ان يكون مملوكا ، فلا تجوز هبة المباحات، لان تمليك ما ليس بمملوك محال . ومنها ان يكون مملوكا للواهب ، فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه ، لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك للواهب اه .

وهل يشترط قيام الواهب والموهوب له والمجيز والموهوب عند الاجازة ، كما يشترط ذلك عند اجازة بيع الفضولي كما تقدم في المادة (٣٧٨) وشرحها ؟ — لم اره الان صريحاً ، والظاهر نعم ، لان ما عللوا بـه هناك يظهر به هنا ، فتأمل وراجع .

وفي الخانية : رجلٌ وهب لرجل ثوباً لغيره وسلمه اليه فاجاز المالك، جازت الهبة من المالك وله ان يرجع فيها ، ما لم يعوض او يكون الموهوب له ذا رحم محرم من المالك . فحقوق الهبة تكون لصاحب الهبة لا للذي باشرها ، فلوان الموهوب له عوض الذي باشر الهبة او كان بينهما قرابة ، فذلك لا يمنع صاحب الهبة عن الرجوع في الهبة اه .

المادة ٨٥٨ — ❋ يلزم ان يكون الموهوب معلوماً ومعيناً . بناء عليه لو وهب احد من المال شيئاً او من الفرسين احدهما لا على التعيين لا تصح . ولو قال ايما اردت من هاتين الفرسين فهي لك فان عين الموهوب له في مجلس الهبة احداهما تصح والا فلا فائدة في تعيينه بعد المفارقة من مجلس الهبة ❋

رجلٌ له على رجل الف درهم نقد بيت المال والف غلة وقال للمديون وهبت لك احد المالين ، قال محمد رحمه الله تعالى جازت الهبة ، والبيان اليه ما دام حياً ولوارثه بعد موته ان مات قبل البيان ، لان هبة الدين اسقاط ، والجهالة لا تمنع صحة الاسقاط ويكون البيان الى المسقط .

رجل دفع الى رجل ثوبين وقال له ايهما شئت فلك والآخر لابنك فلان والابن صغير ، ان بين الموهوب له قبل ان يتفرقا ، جاز ، لان ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت العقد . وان تفرقا قبل البيان ، لا يجوز ، لتقرر الجهالة .

وعلى هذا لو وهب غلاماً او شيئاً على ان الموهوب له بالخيار ثلاثة ايام ، ان اجاز قبل الافتراق ، جاز . وان لم يجز حتى افترقا ، لم يجز .

ولو وهب شيئاً على ان الواهب بالخيار ثلاثة ايام ، صحت الهبة وبطل الخيار ، لان الهبة عقد غير لازم ، فلا يصح فيها شرط الخيار (كذا في الخانية)

المادة ٨٥٩ — ﴿ يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالغا . بناء عليه لا تصح هبة الصغير والمجنون والمعتوه واما الهبة لهولاء فصحيحة ﴾

واذا كان الصبي مميزاً تتم الهبة بقبضه اياها ، والا فيقبض وليه او مربيه واذا كان الواهب هو الولي او المربي والمال الموهوب في يده او في يد مودعه ، تتم بمجرد الايجاب ، كما مر في المواد ٨٥٣ و ٨٥٢ و ٨٥١ .

وفي الدرر من الصلح : العقل شرط في جميع التصرفات الشرعية اه والمعتوه ، وهو من يكون قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، كالمجنون . واما السكران من خمر او اشربة متخذة من خمر تمر او زبيب كنبيذ ومثلث وغيرهما ، فهبته وجميع تصرفاته نافذة عندنا ، و به اخذ عامة المشايخ (كذا في فتاوى علي افندي في نوع فيمن لا تصح هبته)

وفي الخانية ، قبيل فصل في قبض الهبة للصغير : ولا يجوز للاب ان يهب شيئاً من مال ولده الصغير بعوض وغير عوض لانها تبرع ابتداء اه .

وفيها ، في فصل في العوض : واذا وهب للصغير هبة فعوض الاب او الوصي الواهب من مال الصغير ، لا يجوز ، لانه تبرع فاذا بطل التعويض كان للواهب ان يرجع في هبته ، وهو كما لو استحق العوض كان للواهب ان يرجع في الهبة اذا كانت قائمة ولم تزدد خيراً اه .

المادة ٨٦٠ — ﴿ يلزم في الهبة رضاء الواهب فلا تصح الهبة التي وقعت بالجبر والأكراه ﴾

ذكر في رد المحتار : منعها من المسير الى ابويها حتى تهب مهرها فالهبة باطلة لانها كالمكرهة . وذكر شمس الاسلام : خوفها بضرب حتى تهب مهرها ، فاكراه ان كان قادراً على الضرب اه .

وفي الخانية : المكره على البيع اذا وهب بشرط العوض ، كان مكرهاً فيه . والمكره على الهبة بشرط العوض اذا باع ، يكون مكرهاً فيه . والاكراه بأحدهما يكون اكراهاً بالآخر .

وفي فتاوي علي افندي معزياً للظهيرية : الاكراه بالهبة اكراه بالتسليم ، حتى لو وهب مكرهاً وسلم طائعاً لم يجز — الا اذا قبل العوض وقبضه ، فهو اجازة اه .

وفي الخلاصة من كتاب الاكراه : ولو اكره على ان يهب جاريته لفلان فوهب ودفع ، فهو باطل ، سواء ذكر له دفعاً او لم يذكروا . واما البيع ، فلا بد من الاكراه على الدفع ، حتى لو باعه مكرهاً وسلمه طايعاً ، فالبيع جايز اه .

﴿ تنبيه ﴾

صرح في التنوير ان الهبة على وجه المزاح تصح وعزاه في شرحه المنح الى الخلاصة ، ثم قال : وفي خزانة الفتاوي : ولو قال هبني هذا الشيء على وجه المزاح فقال وهبت وسلم ، جاز اه .

وعبارة الخلاصة : رجل قال لآخر على وجه المزاح هب لي هذا الشيء ، فقال الآخر وهبت وقال الآخر قبلت وسلمه اليه ، جاز اه .

وقد تبع صاحب التنوير في هذا شيخه صاحب البحر ، فانه قال عند قول صاحب الكنز « وتصح بايجاب كوهبت الخ » ما نصه : اطلقها فشمل ما اذا كان على وجه المزاح ، فان الهبة صحيحة (كذا في الخلاصة) ورده المقدسي ، كما في حاشية البحر

للمحقق بن عابدين معزياً لحاشية ابي السعود عن الحموي ، بأنه ليس في الخلاصة ما يفيد دعواه ، والذي فيها انه طلب الهبة مزاحاً لا جداً فوهب جداً وسلم ، صحت الهبة ، لان الواهب غير مازح وقد قبل الموهوب له قبولا صحيحاً اه ·

اقول : اما عبارة الخلاصة ، فالظاهر منها ان المازح هو طالب الهبة ، لأن قوله على وجه المزاح لا متعلق له الا « قال » واما الواهب فليس في عبارته ما يفيدانه مازح او غير مازح · واما عبارة خزانة الفتاوي ومثلها في البزازية وغيرها ، فان الظاهر منها ان قوله « على وجه المزاح » متعلق بقوله « هبني » لأنه الأقرب اليه ، واذا كان كذلك يكون الواهب هو المازح ، لانه ائتمر بأمر الطالب · وقد قالوا ان السؤال معادٌ في الجواب ، كما في الاشباه ، فكأنه قال وهبتك على وجه المزاح ، فيكون عين ما جزم به في البحر والتنوير ·

ويؤيده ما في الخانية : رجل قال لآخر هب لي هذا الشيء مزاحاً وقال وهبت وسلم ، قال ابو نصر انه يجوز ذلك اه·

ثم قال : وعن عبدالله بن المبارك انه مرّ بقوم يضربون بالطنبور فوقف عليهم وقال هبوه مني حتى تروا كيف اضرب فدفعوا اليه فضرب به على الارض و كسره وقال رأيتم كيف اضرب ، فالوا ايها الشيخ خدعتنا · وانما قال لم ذلك احترازاً عن قول ابي حنيفة ، فان عنده كسر الملاهي يوجب الضمان · وهذا دليل على ما مر من ان هبة المازح جائزة اه فان قوله «وهذا دليل الخ» صريح في ان المراد مما مر ان المازح هو الواهب لا طالب الهبة ، وهذا لا يقبل تأويلاً يسل المقدسي اصلا وعن هذا جزم به صاحبا البحر والتنوير · نعم يرد عليه ما تقدم من ان الهبة تعتمد رضاء الواهب ، والرضاء من المازح غير حاصل · ويمكن ان يجاب بأن صحة هبة المازح لكون تسليم الموهوب من الواهب وقبضه من الموهوب له الذي هو شرط تمام الهبة ، رضاء واجازة لما عقداه مزاحاً ، لان المزاح انما يكون في الاقوال لا في الافعال · وقد صرح في الخانية من البيوع بانه لو تصادقا ان البيع كان تلجئة ثم اجازاه ، صحت الاجازة ، كما لو تبايعا هزلاً ثم جعلوه جداً ، يصير جداً وان اجاز احدهما لا يصح اه فتدبره ، فانه نفيس جداً ·

واما قول المحقق بن عابدين في حاشيته على البحر : وليس في كلام المؤلف ،

يعني صاحب البحر ، ما يقتضي ان المزاح وقع في الايجاب ، لان قوله « اطلقها » اي اطلق الهبة ، وقوله « فشمل ما اذا كان : اي طلبها اه فبعيد جداً ، لان طلب الهبة الذي ارجع اليه ضمير « كان » لا ذكر له اصلا ، فلا شك ان مرجعه الهبة والايجاب المذكور في كلام المصنف ، يعني صاحب الكنز .

تتمة

قدمنا اول الباب الثاني ، وهو هذا ، عن الهندية ان من شرائط الهبة الراجعة الى الموهوب ان لا يكون متصلاً ولا مشغولاً بغيره . وقد استوفينا احكام ما اذا كان كذلك في شرح المادة (٧٣٧)

بقي من شرائط صحة الهبة ان يكون الموهوب مقسوماً ومفرزاً وقت القبض لا وقت الهبة ، بدليل انه لو وهب له نصف الدار مشاعاً ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر وسلم الكل ، تجوز . ولو وهب نصف الدار لرجل وسلم ثم وهب النصف الباقي وسلم ، لا تجوز ، وكلتاهما فاسدتان (هندية)

وحاصل ما في الدر وحواشيه ان هبة المشاع فيما يمكن قسمته بأن يبقى منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة ، قيل فاسدة ، وقيل صحيحة غير تامة . فكون الموهوب مقسوماً مفرزاً ، شرط الصحة على الاول ، وشرط تمام الهبة على الثاني .

وهل يملكها الموهوب له لو قبضها شائعاً بأن قبض الكل ؟ — ظاهر الرواية انها لا تملك ، فلا ينفذ تصرف الموهوب له فيها من بيع او وقف ، و ينفذ فيها تصرف الواهب . وقيل انه يملكها ملكاً خبيثاً ، و به اخذ بعض المشايخ . واجمع الكل على ان للواهب استردادها من الموهوب له ولو كان ذا رحم محرم من الواهب . وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته ، لكونها مستحقة الرد ، وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد .

واجمعوا ايضاً انه لو وهبه ثم قسمه بنفسه او نائبه او امر الموهوب له بان يقسمه مع شريكه ففعل واستلمه مقسوماً ، تتم الهبة به .

وقالوا : لو وهب اثنان داراً لواحد ، صح ، لعدم الشيوع . و بقلبه بأن

وهب واحد من اثنين ، لا تصح عند الامام ، للشيوع . ولا فرق بين ان يكونا كبيرين او صغيرين او احدهما كبيراً والآخر صغيراً . وفي الاوليين خلافهما .

وهذا كله في مشاع يقسم ، لان القبض لا يكون كاملاً فيه الا بالقسمة .

اما ما لا يقبلها بأن كان لا ينتفع به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة ، كبيت صغير اوحمام ، فتصح هبته وتتم بقبضه شائعاً بأن يقبض الكل . لان قبض كل شيء بحسبه . وهذا لا يكون قبضه الا كذلك ، فاكتفى بذلك وتمت به الهبة .

لكن يشترط في صحة هبة الذي لا يحتمل القسمة ان يكون قدراً معلوماً ، حتى لو وهب نصيبه من حمام ولم يعلم به ، لم يجز ، لانها جهالة توجب المنازعة

ثم ان الشيوع المؤثر في صحة الهبة او تمامها انما هو الشيوع المقارن ، لا الطاري . فلو وهبه داراً وسلمه ثم رجع الواهب في بعضها شائعاً فانه لا يفسدها اتفاقاً .

ومنه ما في الخانية : مريض وهب داره لانسان والدار لا تخرج من ثلث ماله ولم يجز الوارث هبته فان الهبة تنقض في الثلثين وتبقى في الثلث — اما لو اشترى رجل داراً وهو شفيعها وقبضها ووهبها ولها شفيع آخر ثم ان الشفيع الثاني اخذ نصف الدار بالشفعة ، بطلت الهبة في الباقي ، لان الشفيع الثاني اخذ الشفعة بحق سابق على الهبة ، فيكون الشيوع مقارناً للهبة .

اما في فصل المريض ، فالشيوع مقصور على الحال ، اذ لم يكن للوارث حق الفسخ في حياة المورث وانما يثبت ذلك بعد موته ، فكان الشيوع طارئاً (اه ملخصاً)

والاستحقاق شيوع مقارن لا طاري ، لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستنداً الى ما قبل الهبة ، فيكون مقارناً للهبة لا طارئاً . فلو استحق بعض الدار شائعاً والمسئلة بحالها فسدت الهبة في الكل . وكذا لو وهب ارضاً وزرعاً فيها وسلمها فاستحق الزرع ، بطلت في الارض ، لاستحقاق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة ، لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال ، كشيء واحد فاذا استحق احدهما صار كأنه استحق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة ، فتبطل في الباقي . هذا ما في الدر وحواشيه

وما ذكره الشارح سليم باز من ان الشيوع الحاصل من استحقاق بعض الموهوب هو من الشيوع الطارئ ، لم يسبقه اليه الا صدر الشريعة . وقد رده عليه في الدرر بأنه غير صحيح لمخالفته لمعتبرات المذهب ، فراجعه ان شئت .

ثم ان ما تقدم آنفاً من انه يشترط لصحة المشاع الذي لا يحتمل القسمة ان يكون قدراً معلوماً الخ ، نقله العلامة بن عابدين في رد المحتار عن البحر ، و كتب في حاشيته عليه ما نصه : قوله « ويشترط في صحة هبة المشاع الخ » في الهندية : لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به ، لم يجز . فان علمه الموهوب له ، ينبغي ان يجوز عند الامام ، دونهما .

وفيها قبل ذلك « جميع ما املكه لفلان » يكون هبة لا تجوز بدون القبض .

وفي منية المفتي : قال : وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لا يعلم كم نصيبه ، صحت اه . ولعل المتفاحش جهالته لا تصح هبته ، كقوله وهبتك شيئاً من مالي ، او من كذا كذا بخط السايحاني — قلت : وفي التتارخانية مثل ما في المنية اه ما في حاشية البحر .

اقول : هذا الترجي لم يدفع شيئاً من الاشكال ، فان الموهوب في كل من مسئلتي البحر ومنية المفتي واحد ، وهو النصيب مع حكم صاحب البحر بفساد الهبة لجهالة الموهوب ، وحكم صاحب المنية بصحتها .

على ان مسئلة منية المفتي مشكلة من جهة اخرى ، وهي ان الموهوب فيها ، نصيب من دار ، والدار تحتمل القسمة ، فعدم جواز الهبة فيها لامرين : اولهما جهالة الموهوب جهالة تؤدي الى النزاع كما قال صاحب البحر ، وثانيهما كون الموهوب مشاعاً فيما يحتمل القسمة . فلا بد من حمل ما في المنية على ما اذا علم في المجلس مقدار النصيب بعد ان كان مجهولا ، ثم قسمت الدار في المجلس او بعده بأذن الواهب وقبض الموهوب له الحصة الموهوبة المفرزة . وحينئذٍ يحمل كلام البحر على ما اذا تفرقا قبل العلم بمقدار النصيب . وقد قدمنا في شرح المادة (٨٥٨) عن الخانية انه ان بيّن الموهوب له الموهوب قبل ان يتفرقا ، جاز ، لان ارتفاع الجهالة في المجلس بمنزلة البيان وقت العقد . وان تفرقا قبل البيان ، لا يجوز ، لتقرر الجهالة ، فليراجع . وبما ذكرنا يندفع التنافي بين عبارتي البحر ومنية المفتي .

واما عبارة الهندية ، فهي مسئلة اخري ، وهي ما اذا كان النصيب مجهولا عند الواهب لكنه معلوم عند الموهوب له ، وهو مما لا يحتمل القسمة كالعبد ، فذكر انه يكفى علم الموهوب له عند الامام دونهما . وهذه نظير مسئلة ذكروها في البيوع ، وهي ما لو قال « بعتك نصيبي من هذه الدار بكذا » ان علم المشتري نصيبه ولم يعلم البائع ، جاز ، كما نقلناه عن الخلاصة في شرح المادة (٢٠٣) لكن الخلاف الجاري فيها ، على غير هذا الوجه المذكور في المنية . هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل ، وبه يرتفع الاشكال وينحل .

❋ الباب الثالث ❋

= في بيان احكام الهبة و يشتمل على فصلين =

المادة ٨٦١ . ❋ يملك الموهوب له الموهوب بالقبض ❋

المراد بالقبض القبض الكامل ، وهو في المنقول ما يناسبه ، وفي العقار ما يناسبه . فقبض مفتاح الدار ، قبض لها . والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة ، بالقسمة . حتى يقع القبض على الموهوب بالاصالة — وفيما لا يحتمل القسمة ، بتبعية الكل ، كما قدمنا ذلك في شرح المادة (٨٣٧) فلتراجع .

والمراد بملك الموهوب له الموهوب ، ان يثبت له الملك غير لازم . ولهذا كان للواهب الرجوع ولو بعد القبض عند عدم مانع من الموانع السبعة الآتية .

وتفرع على ثبوت الملك بالقبض ، ان تصرفات الموهوب له في الموهوب من بيع او وقف لا تنقض ، وان تصرفات الواهب بعده لا تصح ، لخروجه عن ملكه

المادة ٨٦٢ = ❋ للواهب ان يرجع عن الهبة قبل القبض بدون

رضي الموهوب له ❊

ولا فرق في ذلك بين ان تكون الهبة لاجنبي او لذي رحم او لأحد الزوجين، ففي جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم ، سواء كان الموهوب له حاضراً او غائباً ، اذن له في قبضه او لم يأذن . وهذا لان الهبة لم تتم ، فلم يخرج الموهوب عن ملك واهبه .

وهل يكره ذلك كما يكره الرجوع بعد القبض .

الظاهر انها لا تخلو عن الكراهة ، لان الرجوع ليس باقل من الخلف بالوعد، بل هي فوقه .

المادة ٨٦٣ — ❊ نهي الواهب الموهوب له عن القبض بعد الايجاب رجوع ❊

اي عن الايجاب ، لان القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع والبايع لو نهى للمشتري عن القبول بعد الايجاب ، كان ذلك رجوعاً منه عن الايجاب دلالة ، فكذلك هنا . ولو رجع ثم قبض ، لا يصح قبضه له في المجلس ولا بعده ، فكذلك هنا (طحطاوي)

المادة ٨٦٤ — ❊ للواهب ان يرجع عن الهبة والهدية بعد القبض برضى الموهوب له . وان لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم وللحاكم فسخ الهبة ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع التي ستذكر في المواد الآتية ❊

عطف المدبة على الهبة من عطف الخاص على العام . وثبوت حق الرجوع للواهب قضاء ، لا ينافي ان ذلك مكروه تحريماً ، لما رواه اصحاب السنن الاربعة مرفوعاً : لا يحل لرجل ان يعطي عطية او يهب هبة فيرجع فيها ، الا الوالد فيما يعطي ولده . ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها ، كمثل الكلب يرجع في قيئه .

وبما ذكرنا يحصل الجمع بين هـذا الحديث وبين ما استدل به ائمتنا لصحة الرجوع ، وهو ما رواه الحاكم وصححه مرفوعاً . من وهب هبة فهو احق بها ، ما لم يثب فيها اي لم يعوض ، فبالاول ثبتت كراهة التحريم ، وبالثاني ثبتت صحة الرجوع (افاده في البحر مع زيادة) واطلق صحة رجوع الواهب فشمل ما لو اسقط حقه من الرجوع بأن قال اسقطت حقي من الرجوع او ابرأته عنه ، فانه لا يسقط ، لأن بعض الحقوق لا يسقط وان اسقطها صاحبها كهذا الحق ، فهو نظير الميراث والاستحقاق في الوقف ، يثبت جبراً ولا يسقط بالاسقاط .

واما لو صالحه من حق الرجوع على شيء ، فإنه يصح باعتبار ان بدل الصلح عوض عن الهبة ، فهو مانع عن الرجوع (ذكره في الخانية والبزازية) قال في البحر : وشمل ، يعني اطلاق صحة رجوع الواهب ، ما اذا قال لآخر هب لفلان عني الف درهم فوهب المأمور كما امر ، كانت الهبة من الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر ولا على القابض ، وللآمر ان يرجع في الهبة ، والدافع يكون متطوعاً .

ولو قال هب لفلان الف درهم على اني ضامن ففعل ، جازت الهبة ويضمن الآمر للمأمور ، وللآمر ان يرجع في الهبة ، ولا يرجع الدافع .

ثم انما يصح الرجوع في الهبة اذا كانت من الاعيان ، فلا رجـوع في هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله ، لكونها اسقاطاً . اه ملخصاً .

وانما اشترط احدهما لصحة الرجوع لان ملك الموهوب له ثابت في العين ، فلا يخرج عن ملكه الا بالرضا او القضاء ، ولأنه مختلف فيه بين العلماء ، وفي اصله وهن ، اي ضعف ، وفي حصول مقصود الواهب وعدمه خفاء ، لأنه يحتمل ان يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ، ويحتمل ان يكون الثواب في الآخرة او اظهار الجود والسماحة ، فلا يكون له الرجوع فلا بد من

الفصل بالقضاء او الرضاء ، فما لم يقض القاضي او يفسخاها بالتراضي ، يبقى ملك الموهوب له ثابتاً في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم قبل الحكم . وكذا لو منعه وهلك في يده ، لا يضمن ، لقيام ملكه فيه . وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع ، لأنه اوان القبض كان غير مضمون عليه ، فلا ينقلب مضموناً بالاستمرار عليه . وان منعه بعد القضاء ، ضمن لوجود التعدّي منه .

ثم اذا حصل الرجوع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخاً من الأصل . وقال زفر رحمه الله تعالى : الرجوع بالتراضي عقد جديد ، فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة ، لأن الملك عاد اليه بتراضيهما ، فأشبه الرد بالعيب . ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث . ولنا ان عقد الهبة انعقد موجباً حق الفسخ للواهب ، وهو بالفسخ يكون مستوفياً حقاً ثابتاً له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم ، فإذا رفع رجع اليه عين ملكه كالعارية ، فيكون فسخاً في حق الكل فلا يمكن ان يجعل هبة مبتدأة ، ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب ويصح في الشائع الذي يحتمل القسمة بأن وهب داراً ورجع في نصفها . ولو كان الرجوع هبة مبتدأة لما صح . ولهذا ايضاً اذا كان الواهب اشتراه من رجل آخر ثم بعد الرجوع اطلع على عيب فيه ، كان له ان يرده على بائعه مطلقاً سواء استرد بالهبة بقضاء او رضىً .

وهذا كله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن حقه فيه بوصف السلامة لا في الفسخ . ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه اليه . لكن اذا لم يكن سليماً فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير ان يثبت حقه في الفسخ ، فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفياً حقه فيكون ملكاً مبتدأً ضرورة . غير انه اذا حكم الحاكم بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخاً لعموم ولايته — ولا كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية لهما الا على انفسهما .

وانما اعتبر رده في المرض من الثلث لان حق الورثة تعلق بجميع ما له ، فلا يقدر ان يبطله باختياره . وان ابطله رد عليه كيفما كان ، استحساناً . وفي القياس

ان لا يرد (ذكره بن سماعة ، كذا في الزيلعي مع زيادة من حاشية الشلبي ومن الدر وحواشيه)

واعلم ان مرادهم بالفسخ من الأصل هو ان لا يترتب على العقد اثر في المستقبل ، لا ان يبطل اثره من كل وجه فيما مضى ، والا لعادت الزوايد المنفصلة المتولدة الى ملك الواهب برجوعه ، مع انه لا رجوع له فيها كما سيأتي في المادة (٨٦٩) ولأوجبنا عليه زكاة ماله الموهوب اذا رجع فيه لما مضى من السنين ، مع انه لا يجب عليه (افاده في الدر وحواشيه وكذا في البحر)

المادة ٨٦٥ — ❊ لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم وقضائه و بدون رضى الموهوب له يكون غاصباً . وبهذه الصورة لو تلف او ضاع في يده يكون ضامناً ❊

هذه المادة مفرعة على المادة السابقة المتضمنة لاشتراط القضاء او الرضا لصحة الرجوع .

وفي الخانية : وهب ثوباً لرجل ثم اختلسه منه فاستهلكه ، ضمن الواهب قيمة الثوب له ، لان الرجوع في الهبة لا يكون الا بقضاء او رضاء اه .

المادة ٨٦٦ — ❊ من وهب لأصوله وفروعه او لأخيه او اخته او لاولادها او لعمه او لعمته شيئاً فليس له الرجوع ❊

ومثل العم والعمة الخال والخالة . وهذا شروع في بيان العوارض المانعة من الرجوع في الهبة ، وهي سبعة يجمعها حروف (دمع خزقه) فالدال الزيادة ، والميم موت احد العاقدين ، والعين العوض ، والخاء خروج الموهوب عن ملك الواهب ، والزاي الزوجية ، والقاف القرابة المحرمية ، والهاء هلاك الموهوب . وقد نظمها

بعضهم فقال

منع الرجوع من المواهب سبعة　　فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له　　زوجيـة قرب هلاك قد عرض

وقد ذكرت مفصلة في هذه المادة وما يليها من المواد الآتية . وقد اشير في هذه الى ان القرابة المانعة من الرجوع هي قرابة ذي الرحم المحرم منه ، اي من الرحم ، لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ﴾ ولان المقصود منها صلة الرحم ، وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم ، فلا يرجع فيها سواء كان القريب مسلما او ذميا او مستأمنا ، فخرج من القرابة ما لم تكن كذلك . حتى لو وهب من ذي الرحم غير المحرم كابن العم او المحرم غير ذي الرحم كالاخ رضاعاً وكالمحرم بالمصاهرة كامهات النساء والربائب وازواج البنين والبنات او لذي الرحم المحرم الذي محرميته لا من الرحم كابن العم هو اخ رضاعاً ، يثبت له الرجوع (افاده في الدر وحواشيه)

ثم ان العوارض السبعة المذكورة انما تمنع من الرجوع في الهبة الصحيحة . واما في الهبة الفاسدة فلا تمنع ، لما قدمناه في التتمة ، آخر الباب الثاني ، من انهم اجمعوا على ان الواهب هبة فاسدة له استردادها من الموهوب له ولو كان ذا رحم محرم من الواهب . وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته ، لكونها مستحقة الرد وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد

وفي الطحطاوي عن القهستاني انه يصح الرجوع في الفاسدة وان وجد احد الموانع ، لان المقبوض منها مضمون بعد الهلاك ، فله الرجوع قبل قبضه اه .

وفي الدر معزياً للدرر : وهب لاخيه ولأجنبي ما لا يقسم فقبضاه ، له الرجوع في حظ الاجنبي لعدم المانع اه — قيد بما لا يقسم لانها لا تصح الهبة لاثنين فيما يقسم ، للشيوع كما سلف (طحطاوي)

وفي الدر متناً وشرحاً : اتفقا ، اي الواهب والموهوب له ، عَلَى الرجوع في موضع لا يصح الرجوع من المواضع السبعة السابقة كالهبة لقرابته ، جاز هذا الاتفاق منهما (جوهرة اه)

قال (ط) : وهل يعد رجوعاً فلا يشترط القبض ، او هبة مبتدأة فلا بد

من القبض (بحر) وظاهر كلامهم انه يعد رجوعاً لتعبيرهم به ام — والاولى ان يقول « وهل يعد فسخاً الخ » لان كونه رجوعاً مصرح به، وكونه فسخاً هو المقابل لكونه هبة مبتدأة، كما تقدم.

المادة ٨٦٧ — ﴿ لو وهب كل من الزوج والزوجة صاحبه شيئاً حال كون الزوجية قايمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع ﴾

الشرط قيام الزوجية حال الهبة . فلو وهب لأجنبية ثم تزوجها ، يجوز له الرجوع وبالعكس ، وهو ما اذا وهب لزوجته ثم ابانها ، ليس له الرجوع — الأصل فيه ان الزوجية نظير القرابة ، حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر ، فيكون المقصود في كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادّ دون العوض ، كما في القرابة المحرمية ، وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود ، بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض على ما بينا ، فكان له الرجوع عند فواته .

ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة ، فان كانت اجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها ، فلا يسقط بالتزوج . وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض ، وقد حصل فسقط الرجوع ، فلا يعود بالابانة (زيلعى)

وفي البحر عن فتاوي قاضيخان من المهر : بعث الى امرأته متاعاً وبعثت ايضاً ثم افترقا بعد الزفاف وادعى انه عارية واراد الاسترداد وارادت الاسترداد ايضاً ، يسترد كلٌّ ما اعطى ، لان المرأة زعمت ان الاعطاء كان عوضاً عن الهبة ، ولم تثبت الهبة ، فلا يثبت العوض اه .

المادة ٨٦٨ — ﴿ اذا اعطي عن الهبة عوض وقبضه الواهب فهو مانع للرجوع . فلو اعطى للواهب شيئاً على ان يكون عوضاً لهبته

وقبضه فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له او من آخر ﷺ

للحديث الذي رواه الحاكم المتقدم في شرح المادة (٨٦٤) ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده، وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشتري عيباً في المبيع (زيلعي)

واعلم ان العوض نوعان : مشروط بالعقد ، ومتأخر عنه . وكل منهما مانع من الرجوع . اما العوض المشروط في العقد ، فقد تقدم الكلام عليه مستوفى في شرح المادة (٨٥٥) فراجعه فانه مهم .

واما العوض المتأخر عن العقد ، فالكلام فيه في موضعين: احدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً، والثاني في بيان ماهية هذا التعويض

اما الاول ، فله شرائط ثلاثة : الاول مقابلة العوض بالهبة ، وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة ، نحو ان يقول هذا عوض عن هبتك او بدل عنها او مكانها او نحلتك هذا عنها او تصدقت بهذا بدلا عنها او كافأتك او جازيتك او اثبتك او ما يجري هذا المجرى ، حتى لو وهب لانسان شيئاً وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له ايضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل عوضاً بل كان هبة مبتدأة لكل واحد منهما حق الرجوع .

والشرط الثاني ان لا يكون العوض بعض الموهوب . فلو كان بعضه ، لا يصح ولا يكون عوضاً ، الا اذا كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع ، فان بعض الموهوب حينئذ يكون عوضاً عن الباقي ، كما لو وهب له حنطة وطحن بعضها وعوضه دقيقاً من تلك الحنطة ، او وهب له ثياباً وصبغ ثوباً بعصفر او خاطه قميصاً وعوضه اياه ، او وهب له سويقاً فلت بعضه وعوضه كان ذلك جميعه عوضاً كهذا اذا وهب شيئاً واحداً او شيئين في عقد واحد .

فأما اذا وهب شيئين في عقدين فعوض احدهما عن الآخر فقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : يكون عوضاً ، لان اختلاف العقد كاختلاف العين . ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشيء فعوضه الصدقة من الهبة ، كانت عوضاً بالاجماع

والشرط الثالث سلامة العوض للواهب ، فان لم يسلم بأن استحق من يده ، لم يكن عوضاً ، وله ان يرجع في الهبة ان لم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع • فان كان قد هلك او استهلكه الموهوب له ، لم يضمنه ، كما لو هلك او استهلكه قبل التعويض • وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن وان استحق بعض العوض ، فما بقي منه فهو عوض عن الهبة كلها ، وان شاء رد ما بقي في يده من العوض ويرجع بالهبة كلها ان كانت قائمة لم تخرج من ملك الموهوب له ولم يزد في بدنها ، واما سلامه المعوض ، وهو الموهوب ، فشرط التعويض ، حتي لو استحق الموهوب كان له ان يرجع فيما عوض • ولو استحق نصف الموهوب فللموهوب له ان يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما لا يحتمل القسمة ، سواء زاد العوض او نقص في السعر او زاد في البدن او نقص فيه ، كان له ان يأخذ نصفه ونصف النقصان • وان قال ارد ما بقي من الهبة وارجع في العوض كله ، لم يكن له ذلك • وان كان العوض مستهلكا ، ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له به من العوض • واذا استحق كل الهبة والعوض مستهلك ، يضمن كل قيمة العوض • هذا اذا كان الموهوب او العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه فاما اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق احدهما ، بطل العوض ان كان هو المستحق • وكذا تبطل الهبة ان كانت هي المستحقة • واذا بطل العوض رجع في الهبة ، واذا بطلت الهبة يرجع في العوض •

الموضع الثاني بيان ماهيته : فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين اصحابنا ، يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة ، لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع ، على معنى انه يثبت حق الرجوع في الاولى ولا يثبت في الثانية • فاما فيما وراء ذلك ، فهو في حكم هبة مبتدأة • ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحشاً ، لم يكن له ان يرد ويرجع في العوض • وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيباً ، لم يكن له ان يرد العوض ويرجع بالهبة ، فاذا قبض الواهب العوض ، فليس لكل واحد منهما ان يرجع على صاحبها فيما ملكه ، سواء عوضه الموهوب له او اجنبي ، اذ يجوز تعويض الاجنبي سواء عوض بأمر الموهوب له او بغير امره ، وليس للاجنبي المعوض ان يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره او بغير

امره — الا ان يقول الموهوب له عوض فلانا عني على انى ضامن ، وهو كما لو قال هب لفلان عبدك هذا عني ، فان المأمور لا يرجع على الآمر الا ان يقول له الآمر " على اني ضامن " والاصل في جنس هذه المسايل ان كل ما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر بادائه سبباً للرجوع من غير اشتراط الضمان . وكل ما لا يطالب به الانسان بالحبس والملازمة لا يكون الامر بادائه سبباً للرجوع الا بشرط الضمان .

ومن وهب لرجل جاريتين فولدت احداهما في يد الموهوب له فعوضه الولد عنهما ، لم يكن له ان يرجع فيهما (الكل من الهندية) لانه ليس له الرجوع في الولد ، فصح العوض (رد المحتار)

المادة ٨٦٩ — ❋ اذا كان الموهوب ارضاً واحدث فيه الموهوب له بناء او غرس شجراً او حصل للموهوب زيادة متصلة كما لو كان حيوانا فسمن بتربية الموهوب له او تبدل اسمه كأن كان حنطة فطحنت وجعلت دقيقاً لا يصح الرجوع عن الهبة حينئذ ❋

لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب ، والزيادة ليست بموهوبة ، فلا رجوع فيها ، والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة ، فامتنع اصلاً وبطل حق الواهب ، لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة ، وحق الموهوب له حقيقة الملك فيها فكان اولى عند تعذر الفصل ، ولا يمكن ايجاب الضمان عليه ايضاً لان حق التملك لا يجوز اخذ العوض عنه ، فبطل اصلاً .

اطلق البناء والغرس . ومراده اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب ، لا ينقطع حق الرجوع . وان كان يوجب في قطعة منها بأن كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها ، امتنع في تلك القطعة دون غيرها (زيلعي)

لكن في المنح : رجلٌ وهب لرجل ارضاً بيضاء انبتت في ناحية منها نخلاً ، او بنى فيها بيتاً او دكاناً ، كان ذلك زيادة فيها وليس له ان يرجع في شيء منها اه فتأمل ، فان التوفيق بين العبارتين ظاهر يؤخذ منهما .

وفي الهندية : ومنها ، اي من العوارض المانعة من الرجوع ، الزيادة في الموهوب زيادة متصلة سواء كانت بفعل الموهوب له اولا بفعله ، وسواء كانت متولدة او غير متولدة ، نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت او داراً فبنى فيها او ارضاً نغرس فيها او نصب دولاباً او غير ذلك مما يستسقى به وهو مثبت في الارض ومبني عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان او كثيراً ، او كان الموهوب ثوباً فصبغه بعصفر او زعفران او قطعه قميصاً وخاطه او جبّة وحشاه او قباء . وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه ولا ينقصه ، فله ان يرجع اه .

وعبارة الزيلعي: والمراد بالمتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة كالغرس والبناء والسمن والجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك . فان زاد من حيث السعر ، فله الرجوع لانه لا زيادة في العين ، فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له ، وهو المانع . وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب ، لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع . ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ، ذكر في المنتقى انه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع ، وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى لا ينقطع ، لان الزيادة لم تحصل في العين ، فصار كزيادة السعر . ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل ، فبطل . ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن او الكتابة او الصنعة لم يمتنع الرجوع ، لان هذه ليست بزيادة العين فاشبهت الزيادة في السعر . وفيه خلاف زفر رحمه الله ، ويرى الخلاف بالعكس اه .

لكن في الخانية : ولو علم القرآن او الكتابة او القراءة او كانت اعجمية فعلمها الكلام او شيئاً من الحرَف ، لا يرجع الواهب في هبته ، لحدوث الزيادة في العين اه فالظاهر ان ما في الخانية مبني على ان الخلاف بالعكس ، يعني ان القايل

بعدم امتناع الرجوع هو زفر ، وايمتنا الثلاثة يقولون بامتناعه ، وليحرر .

وذكر في حاشية الشلبي معزياً للملتقطات بأن ما في الخانية من امتناع الرجوع هو المختار ، لانها ازدادت اه .

وفي الزيلعي : ولو وهب وصيفاً صغيراً فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته اقل من قيمته وقت الهبة ، ليس له ان يرجع فيه ، لانه حين شبت وازدادت قيمته سقط الرجوع ، فلا يعود بعد ذلك اه .

لكن في حاشية الشلبي عن الكافي ما يخالفه ، حيث قال : رجل وهب لرجل ارضاً فبنى الموهوب له فيها بناء ثم اراد الواهب الرجوع فخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس لك ان ترجع فيها ثم هدمها الموهوب اه ، كان للواهب ان يرجع فيها . قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي : يريد به ان قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض، وانما وقع فتوى على مانع ، فاذا زال المانع تغير الحكم اه ونقل مثله الطحطاوي عن الخانية والظهيرية . ومثل ما في الزيلعي عن المحيط .

ثم قال : فهما قولان للمشايخ . واعتمد العلائي في شرح الملتقى ما في الخانية ، وكذا القهستاني ، اعتباراً لكونه من باب زوال المانع . وقد تقدم في المادة (٢٤) انه اذا زال المانع عاد الممنوع .

واورد عليه في رد المحتار ما اذا كان المانع خروج الهبة من ملكه ، فانه لو زال ذلك المانع بعوده الى ملكه بسبب جديد ، لا يعود الممنوع ، وهو الرجوع في الهبة . وكذا اذا كان المانع الزوجية ، فانه لو زالت الزوجية بالبينونة ، لا يعود الممنوع وهو مدفوع بأن المانع في المسئلتين لم يزل . اما في المسئلة الاولى ، فلأن المانع انما هو خروجه عن ملكه الذي تعلق به حق الرجوع ، وهو ثابت لم يزل . والملك الذي عاد اليه بالسبب الجديد ملك آخر لم يتعلق به حق الرجوع ولهذا لو عاد اليه بالسبب الاول بأن وهبه الموهوب له من آخر ثم رجع في هبته ، يعود حق الرجوع للواهب الاول ، كما صرحوا به . واما في المسألة الثانية ، فلان الزوجية المانعة من الرجوع هي الزوجية الكائنة وقت الهبة ، وهذه لم تزل ، بل الزايل الزوجية الكائنة عند وقوع البينونة ، فافهم .

ثم اعلم ان في الهندية ذكر العوارض المانعة من الرجوع ثمانية ، وقال :

منها ان يتغير الموهوب بأن كان حنطة فطحنها او دقيقاً فخبزه او سويقاً فلته بسمن، او كان لبناً فاتخذه جبناً او سمناً او اقطا كذا في التتارخانية اه وكذا في حاشية الشلبي على الزيلعي، فقال : ومنها التغير من جنس الى جنس، فانه مانع من الرجوع ايضاً لان هذا التغير يمنع حقيقة الملك اذا وجد من الغاصب، فلان يقطع حق التملك بالطريق الاولى اه .

والظاهر ان المجلة كغيرها اعتبرت هذا القسم من الزيادة المتصلة ولهذا ذكرته معها في مادة واحدة، فانه لا فرق بين جعل الحنطة دقيقاً بالطحن وبين جعل الثوب قباء او جبة بالخياطة، كما نقلناه اولا عن الهندية .

وفي الخانية : رجل وهب تراباً فبلّه الموهوب له بالماء، بطل حق الواهب في الرجوع، لان اسم التراب قد زال وصار شيئاً آخر بخلاف ما اذا وهب سويقاً فبله الموهوب له بالماء، فانه لا يبطل حق الواهب في الرجوع، لان اسم السويق لا يبطل، ولم يحدث فيه زيادة بل حدث فيه نقصان، فلا يبطل حق الواهب في الرجوع، كما لو وهب حنطة فبله الموهوب له بالماء اه — وهو يفيد ان تغير الاسم مانع للرجوع وان لم تحصل زيادة في الموهوب .

وفي البحر : ونقط المصحف باعرابه زيادة مانعة من الرجوع، وقطع الشجرة من مكانها غير مانع لجعلها حطباً، بخلاف جعلها ابواباً وجذوعاً . وذبحها عن اضحية او هدى او غيرها لا يمنع .

وفي المحيط : وهب ثوباً فشقه نصفين وخاط نصفه قباء، له ان يرجع بالنصف الباقي، لانه لا مانع فيه . ولو وهب حلقة فركب فيها فصاً ان كان لا يمكن نزعه الا بضرر، لا يرجع . وان كان يمكن بغير ضرر، يرجع . وان وهب له ورقة فكتب فيها سورة او بعضها، يرجع، لانه لا يزيد في ثمنه وان قطعه مصحفاً وكتب لا يرجع، لانه يزيد في الثمن، وان كانت دفاتر ثم كتب فيها فقهاً او حديثاً او شعراً، ان كان يزيد في ثمنها، لا يرجع، والا رجع اه .

❋ واما الزيادة المنفصلة فلا تكون مانعة للرجوع فلو حملت الفرس التي وهبها احد لغيره فليس له الرجوع عن الهبة لكن له الرجوع بعد

الولادة· وبهذه الصورة يكون فلوها للموهوب له ﴾

هذا محترز قوله « متصلة » يعني انه في الزيادة المنفصلة كالولد والارش والعقر والثمرة يرجع الواهب في الاصل ، لإمكان الفصل ، دون الزيادة ، فانها تبقى للموهوب له · قال في الدر : ولا يرجع بالام حتى يستغني بالولد عنها · كذا نقله القهستاني · لكن نقل البرجندى وغيره انه قول ابي يوسف ، فليتنبه له اه·

قال في رد المحتار : اقول : وظاهر الخانية اعتماد خلافه ، حيث قال : ولو ولدت الهبة ولداً كان للواهب ان يرجع بالام في الحال · وقال ابو يوسف لا لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ، ثم يرجع في الام دون الولد اه فهل عَلَى قول ابي يوسف يلزم الموهوب له الأجر مدة الرضاع · ومقتضى القواعد ان ينظر الى الولد تارة يقبل غير امه وتارة لا · فان لم يقبل الا اياها ، امسكها للرضاع ولا اجر وامتنع اخذها · وان قبل غيرها ، لا تمنع الا برضى الواهب ، وله الأجر · ويحرر اه (طحطاوي)

اقول : ما احسن هذا التفقه ، فحمل قول ابي يوسف على ما اذا لم يقبل غير امه ، وحمل قولهما على ما اذا قبل ، ويحرر ·

وافادت هذه المادة ان حبل الفرس زيادة فيها متصلة ، فتمنع من الرجوع · وفي الدر · ولو حبلت ولم تلد ، هل للواهب الرجوع ؟ قال في السراج : لا . وقال الزيلعي : نعم اه ·

ونقل قبله عن البزازية ما نصه : والحبل ان زاد خيراً منع ، وان نقص لا اه وبهذه يحصل التوفيق بين ما في السراج و بين ما في الزيلعي ·

وفي الدر من باب خيار العيب عن النهر : ان الحبل عيب في بنات آدم لا في البهائم اه اقول لا شك ان الحبل زيادة خير في البهائم كلها ، فهو مانع من الرجوع كما افادته هذه المادة — اللهم الا اذا كان الحبل في سن لا تحتمله الدابة بأن كانت صغيرة السن ، فانه ربما يكون نقصاً فيها ، والمرجع في ذلك اهل الخبرة والعرف ·

وفي الهندية عن الجوهرة : وان وهب جارية حاملا او بهيمة حاملاً فرجع فيها قبل الوضع ، ان كان رجوعه قبل ان تمضي مدة يعلم فيها زيادة الحمل ، جاز

رجوعه ، والا فلا . وان وهب له بيضاً فصار فروخاً ، ليس له ان يرجع في ذلك اه

﴿ تتمة ﴾

لو اختلفا ، اي الواهب والموهوب له ، في الزيادة ، ففي المتولدة اي الحاصلة بغير صنع العبد ككبر وسمن وجمال بأن قال الموهوب له وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت او مهزولة فسمنت او قبيحة فجملت ، وقال الواهب وهبتها على هذه الحالة ، فالقول للواهب ، لانه ينكر لزوم العقد . وفي غيرها كبناء وخياطة وصبغ بأن قال الواهب وهبتها هكذا مبنية او مخيطة او مصبوغة ، وقال الموهوب له احدثته ، فالقول للموهوب له . لكن صاحب المحيط استثنى ما لو كان لا يبنى في مثل تلك المدة ، لتيقن كذب الموهوب له ، من حيث ان العادة تحيل احداث هذا البناء في مثل هذه المدة (كذا في الدر وحواشيه)

المادة ٨٧٠ — ﴿ اذا باع الموهوب له الموهوب او اخرجه عن ملكه بالهبة والتسليم لا يبقى للواهب صلاحية الرجوع ﴾

لان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب ، فلا يمكن من نقض ما تم من جهته . ولان تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كعين اخرى ، فلا يرجع فيها (زيلعي)

لكن اذا كان الخروج بالهبة من آخر ثم عادت لملكه برجوعه عن الهبة ، فللواهب الاول الرجوع ايضاً ، لما تقرر ان الرجوع سواء كان بالرضى او القضا فسخ للهبة . فاذا عاد الملك عاد بما تعلق به — بخلاف ما اذا عادت لملكه بسبب جديد كشراء او ارث او صدقة او وصية ، فان حق الرجوع للواهب الأول ، لا يعود لانه لم يكن ثابتاً في هذا الملك كما في الدرر عن المحيط ، بل في ملك آخر قد زاد .

والحاصل ان العين اذا عادت الى ملك الموهوب له بفسخ ، كان للاول الرجوع . وان كان بسبب جديد ، فلا (بحر) ومقتضاه إنه لو باع الموهوب من آخر فرده

المشتري بعيب بقضاء يرجع الواهب ، لانه يكون حينئذ فسخاً . لكن اطلق في الهندية عدم الرجوع ولعله محمول على ما اذا رده بالتراضي ، ويحرر . وفي البحر : واطلق في الخروج عن الملك فانصرف الى الخروج من كل وجه . فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة اونذر التصدق بها وصارت لحماً ، فانه لا يمتنع الرجوع في الهبة عند ابي حنيفة ومحمد ، لعدم الخروج عن الملك . وقال ابو يوسف بامتناعه ، لانها خرجت عن ملكه الى الله تعالى . ولو ذبحها من غير اضحيـة ، يبقى الرجوع بها اتفاقاً اه ولو طبخها بعد ان صارت لحماً ، ينبغي ان لا يرجع ، لانهم ذكروا في باب الغصب ان الطبخ استهلاك ، ويحرر .

وفي الهندية : ولو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة او ذبحها في هدي المتعة، لم يكن له ان يرجع في قول ابي يوسف . وقال محمد يرجع فيها وتجزئه الاضحيـة والمتعة . واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في قول ابي حنيفة . قال بعضهم انه كقول محمد ، وهو الصحيح كذا في المحيط اه .

وهل تجزئه عن النذر ؟ قال (ط) والظاهر عدم الاجزاء لعدم الوفاء بالنذر اه اي لان النذر نذر بالتصدق باللحم ، ولم يحصل . فافهم .

وفي الهندية : رجل وهب لرجل درهما فقبضه ثم استقرضه الواهب من الموهوب له فاقرضه اياه ، جاز وليس للواهب ان يرجع عن هبته ابداً اه لانها صـارت مستهلكة ودينا على الواهب ، كما في الخانية . ولو باع الموهوب له نصفها او وهبه ، رجع الواهب بالنصف الباقي كعدم بيع الشيء ، كما في الكنز وغيره . قال في البحر : لان المانع وجد في البعض ، فيمتنع بقدره ، كما كان له ان يرجع في النصف . والعين كلها لم تخرج عن ملك الموهوب له ، لان له حق الرجوع في الكل ، فله ان يستوفي كله او بعضه اه .

المادة ٨٧١ — ﴿ اذا استهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يبقى للرجوع محل ﴾

والهلاك مثل الاستهلاك . يعني ان هلاك العين الموهوبة مانع من الرجوع في الهبة لتعذره بعد الهلاك ، لانه غير مضمون على الموهوب له (ز يلعي)

والقول فيه ، اي في الهلاك، قول الموهوب له ، لانه منكر لوجوب الرد عليه، فاشبه المودع .

وفي الخلاصة : لو قال الموهوب له هلكت ، فالقول قوله ولا يمين عليه . وان قال الواهب هي هذه ، حلف المنكر انها ليست هذه ، كما يحلف ان الموهوب له ليس باخيه اذا ادعى الاخ عليه ذلك (كذا في مجمع الانهر) وفي التنوير وشرحه الدر : ولو تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له ، لم يرجع على الواهب بما ضمن لانها عقد تبرع ، فلا يستحق فيها السلامة والاعارة كالهبة هنا ، لان قبض المستعير كان لنفسه ، ولا غرور لعدم العقد اي عقد المعاوضة . قال الطحطاوي : لان المغرور يرجع بأحد امرين : اما بعقد المعاوضة او بعقد يكون للدافع اه وتمامه فيما قدمناه في شرح المادة (٦٥٨)

المادة ٨٧٢ = ✻ وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعة من الرجوع . بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبة اذا توفي الموهوب له . كذلك ليس للورثة استرداد الموهوب اذا توفي الواهب ✻

لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته ، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب ، فلا يرجع عليهم — كما اذا انتقل اليهم في حياته . ولان تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كعين اخرى فلا يكون له فيها سبيل . وبموت الواهب يبطل خياره ، لانه وصف له لا يورث كخيار الرؤية والشرط . ولان الشارع اوجبه للواهب، والوارث ليس بواهب (زيلعي)

وفي المحيط : ولو قال رجل : وهب لك وارثي هذا العبد فلم تقبضه في حياته وانما قبضته بعد وفاته ، وقال الموهوب له بل قبضته في حياته ، والعبد في يد الوارث ، فالقول للوارث ، لان القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم

القبض اه (بحر)

وذكر المسئلة بعينها في الهندية عن الذخيرة . الا انه قال « والعين في يد الذي يدعي الهبة » بعد صحتها . فالتقييد بكون العين في يد احدهما اتفاقي ، كما في (ط) لكن قال « وفيه تأمل »

المادة ٨٧٣ = ✻ اذا وهب الداين طلبه للمديون فليس له الرجوع انظر الى مادة (٥١) ومادة (٨٤٧) ✻

فان المادة (٥١) افادت ان الساقط لا يعود . والمادة (٨٤٧) افادت ان هبة الدين ممن عليه الدين تصح و يسقط عنه الدين للحال . فظهر من مجموعهما ان الواهب لا يملك الرجوع بدينه الموهوب ، لان الساقط لا يعود . وهذا بخلاف ما لو وهب الدين ممن ليس عليه وسلطه على القبض وقبضه ، فانه يملك الرجوع به لان هذا تمليك لا اسقاط (صرح به في الخانية وغيرها)

المادة ٨٧٤ = ✻ لا يصح الرجوع عن الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه ✻

اعلم ان التمليك بلفظ الصدقة كالتمليك بلفظ الهبة من حيث انها لا تصح الا بالقبض ، ولا في مشاع يحتمل القسمة ، فيلزم فيها ما يلزم في الهبة . الا انه اذا كان بلفظ الصدقة ، فلا رجوع فيها سواء كانت على فقير او غني ، لانها ان كانت على فقير ، فلان المقصود فيها هو الثواب دون العوض ، وقد حصل . وان كانت على غني ، فلان في ذكر لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد به العوض ، ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال المتملك . والتصدق على غني يكون قربة يستحق بها الثواب ، وقد يكون مالكا للنصاب وله عيال كثير ، والناس يتصدقون

على مثل هذا لنيل الثواب ٠

وكذا اذا كان بلفظ الهبة على فقير ، فأنه لا رجوع ، لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض ٠

وقيل ان الصدقة على الغني والهبة سواء فله الرجوع ، لأن المقصود في كل منهما العوض دون الثواب ٠ الا ترى انه في حق الفقير جهات الهبة والصدقة سواء فلا رجوع فيهما (هذا ملخص ما في الدر وحواشيه والزيلعي)

والأول استحسان كما في مجمع الانهر ، واختاره في الهداية مقتصراً عليه كما في رد المحتار ٠ لكن ذكر في التنوير وشرحه الدر قبيل باب الرجوع في الهبة تبعاً لعامة المتون ، ما نصه : « واذا تصدق بعشرة دراهم او وهبها لفقيرين ، صح ، لأن الهبة للفقير صدقة ، والصدقة يراد بها وجه الله تعالى ، وهو واحد ، فلا شيوع — لا لغنيين لأن الصدقة على الغني هبة فلا تصح للشيوع ، اي لا تملك حتى لو قسمها وسلمها ، صح اه فقوله « لان الصدقة على الغني هبة » ينافي ما تقدم من الاستحسان وذكر في رد المحتار معزياً للخانية في كون الصدقة على الغني كالهبة روايتين عن الأمام

قلت : فلعله اختيرت رواية انها كالهبة في مسئلة عدم صحتها لغنيين ، والختير مقابلها في مسئلة عدم رجوع المتصدق على الغني كما هو الاستحسان المختار لصاحب الهداية ٠

وفي الدر عن الخانية : ولو اختلفا فقال الواهب هبة والآخر صدقة ، فالقول للواهب اه وفي البحر عن المحيط : رجل تصدق بصدقة وسلمها اليه ثم تقايلا الصدقة ، لم يجز حتى يقبض ، لانها هبة مستقلة مستأنفة ، لانه لا رجوع فيها ٠ وكذلك الهبة اذا كانت لذي رحم محرم — قال ابو يوسف : لو تناقضا الصدقة فمات المتصدق عليه قبل ان يقبضها المتصدق ، فالمناقضة باطلة ٠ ولو كان ذلك في الهبة ، كانت المناقضة جايزة ، لان له الرجوع فيها ٠ فاذا فعلا شيئاً لو تقدما الي القاضي فعله اجزأته وان لم يقبض اه ٠

المادة ٨٧٥ — ✻ اذا باع احد لآخر شيئاً من مطعوماته فليس

له التصرف فيه بوجه من لوازم التمليك كالبيع والهبة . ولكن له الأكل والتناول من ذلك الشيء وبعد هذا ليس لصاحبه مطالبة قيمته . مثلاً اذا أكل احد من بستان آخر باباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان مطالبة قيمته بعد ذلك ❊

ولو قال لآخر « انت في حل من مالي ، حيثما اصبت فخذ منه ما شئت » عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان هذا على الدراهم والدنانير خاصة . ولو اخذ من ارضه او شجره فاكهة او لوزة او حلب بقره او غنمه ، لا يحل له ذلك .

رجل قال ابحت لفلان ان يأكل من مالي ، والمباح له لا يعلم بذلك، لا يباح له الاكل . فان تناول ذلك بالجهل ، فانه يتناول حراماً ولا يسعه ذلك ما لم يعلم بالاذن والاباحة .

رجل سيب دابته فاصلحها انسان ثم جاء صاحبها واراد اخذها واقر بانه قال حين خلى سبيلها « من اخذها فهي له » او انكر فاقيمت عليه البينة او استحلف فنكل ، فهي للآخذ ، سواء كان حاضراً سمع هذه المقالة او غائباً فبلغه الخبر .

سئل بن مقاتل عن قوم جالسين على خوان وتناولوا شيئاً ممن على خوان آخر ومن هو ليس بجالس معهم يخدمهم ، قال ليس لهم ذلك . ولو ناول من معه على خوانه ، لا بأس . قال الفقيه : هذا قياس . وفي الاستحسان ان كل من كان في تلك الضيافة اذا اعطاه جاز ، وبه نأخذ . ولو قال لآخر ادخل كرمي وخذ من العنب ولم يزد على هذا ، فالمختار ان يأخذ منه شبعه . وان قال خذ من البر يأخذ منو ين (كذا في الهندية وتمامه فيها)

وفي الدر عن الجوهرة : دعى قوماً الى طعام وفرقهم على اخونة ، ليس لاهل خوان مناولة اهل خوان آخر ، ولا اعطاء سائل وخادم وهرة هي لغير رب المنزل ولا لكلب . ولو كان لرب المنزل الا ان يناوله الخبز المحترق للاذن عادة اه .

المادة ٨٧٦ = ❊ الهدايا التي ترد في عرس الختان والزفاف هي

لمن ترد بأسمه من المختون والعروس والوالد والوالدة وان لم يذكر لنها وردت لمن ولم يمكن السؤال والتحقيق عنها فعلى ذلك يراعى عرف البلدة وعادتها ❊

عبارة المندية ، معزياً للظهيرية ، هكذا : اذا اتخذ الرجل عذيرة للختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد فسواء قال المهدي هذا للولد او لم يقل ، فان كانت المدية تصلح للولد مثل ثياب الصبيان ، او شيء يستعمله الصبيان مثل الصولجان والكرة ، فهو للصبي ، لان هذا تمليك للصبي عادة . وان كانت المدية لا تصلح للصبي عادة كالدراهم والدنانير ، ينظر الى المهدي ، فان كان من اقارب الاب او معارفه ، فهي للاب . وان كان من اقارب الام او معارفها ، فهي للام ، لان التمليك هنا للام عرفاً وهناك للاب ، فكان التعويل على العرف . حتى لو وجد سبب او وجه يستدل به على غير ما قلناه ، يعتمد على ذلك . وكذلك اذا اتخذ وليمة لزفاف ابنته فأهدي الناس هدايا ، فهو على ما ذكرنا من التقسيم . وهذا كله اذا لم يقل المهدي شيئاً وتعذر الرجوع الى قوله اما اذا قال اهديت للاب او للام او للزوج او للمرأة ، فالقول للمهدي اهاي لانه المملك .

وهذا كله على فرض ان المرسل هدية . اما لو ادعى المرسل انه قرض ، ففي الفتاوي الخيرية ما نصه : سئل فيما يرسله الشخص الى غيره في الاعراس ونحوها ، هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به ، ام لا ؟ اجاب : ان كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل ، يلزم الوفاء به ، ان مثلياً فمثله ، وان قيمياً فقيمته ، وان كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون في ذلك الى اعطاء البدل ، فحكمه حكم الهبة في سائر احكامه ، فلا رجوع فيه بعد الهلاك او الاستهلاك . والأصل فيه ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اه

قال في رد المحتار : والعرف في بلادنا مشترك . نعم في بعض القرى يعدونه قرضاً ، حتى انهم في كل وليمة يحضرون الخطيب بكتب لهم ما يهدى . فاذا جعل المهدي وليمة يراجع المهدى الدفتر ، فيهدي الاول للثاني مثل ما

اهـدى اليه . اهـ .

قلت : والعرف الغـالب في حمص انهم ينظرون في ذلك الى اعطاء البدل ، وعليه فما يهدى في ذلك من ارز او سكر او سمن او شاة حية يكون قرضاً صحيحاً او فاسداً فيطالب به من عمل الوليمة من اب او غيره . ومثل هذا ما يهديه اقارب العروس من النساء والبنات بعد اسبوع من زفافها ويسمونه نقوطاً في بلادنا ، فلا شك انه قرض تستوفيه كل واحدة منهن اذا تزوجت او زوجت بنتها في يوم اسبوعها . فافهم

الفصل الثاني

في هبة المريض

المادة ٨٧٧ — اذا وهب من لا وارث له جميع امواله لاحد في مرض موته وسلمها يصح و بعد وفاته ليس لامين بيت المال المداخلة في تركته

لان عدم جواز تبرع المريض في ماله بأكثر مما قدره الشرع وهو الثلث كان لحق الوارث الذي تعلق حقه بماله ، فاذا لم يكن وارث كان تصرفه جائزاً في كل ماله . وبيت المال ليس بوارث وانما توضع تركة من لا وارث له فيه باعتبار انه مال ضايع ، فصار فيئاً لجميع المسلمين . وهذا عندنا ، خلافاً للشافعية ، كما في مجمع الانهر وغيره .

ثم ان هبة المريض هبة عقد وليست بوصية ، فيشترط فيها سائر شرائط الهبة ، ومن جملة شرائطها قبض الموهوب له قبل موت الواهب (صرح به في الهندية وغيرها) ولهذا قيدت الصحة في هذه المادة بقوله « وسلمها » .

وقول الهندية وليست بوصية ، اي من كل وجه ، فلا ينافي ان لها حكم

الوصية من حيث تعلق حق الوارث في الموهوب .

المادة ٨٧٨ — ﴿ اذا وهب وسلم كل من الزوج والزوجة جميع ماله لصاحبه في مرض موته ولم يكن له وارث سواه يصح وبعد الوفاة ليس لامين بيت المال المداخلة في التركة ﴾

لما قررنا آنفاً على ان هبة المريض هبة عقد ، ولهذا اشترط فيها التسليم ، وليست بوصية الا من حيث تعلق حق الورثة في مال الواهب . وقد قلنا ان بيت المال ليس بوارث فصح تبرعه بجميع ماله وتخصيص الزوج والزوجة بالذكر لانها محل التوهم ، اذ لو لم تصح الهبة لوضع الباقي بعد فرض احد الزوجين في بيت المال ، اذ لا يرد عليها شيء . واما غيرهما من الورثة فلا يتوهم فيه ذلك ، لان التركة له على كل حال ، لانه عند عدم صحة الهبة يأخذ جميع التركة ايضاً ، اما بالتعصب واما بالفرض والرد .

المادة ٨٧٩ — ﴿ اذا وهب احد في مرض موته شيئاً لاحد ورثته وبعد وفاته لم تجز الورثة الباقون لا تصح تلك الهبة . واما لو وهب وسلم لغير الورثة فإن كان ثلث ماله مساعداً لتمام الموهوب تصح . وان لم يكن مساعداً ولم تجز الورثة الهبة تصح في المقدار المساعد ويكون الموهوب له مجبوراً على رد الباقي ﴾

حاصل هذه المادة ان هبة المريض مرض الموت لاحد ورثته لا تجوز الا ان يجيزها الورثة الباقون بعد موت الواهب لان هبته وان كانت هبة حقيقة لكن لها حكم الوصية من حيث تعلق حق الوارث بها ، كما في البزازية . ومعلوم انه

لا وصية لوارث الا باجازة بقية الورثة ·

والتقييد بكون الاجازة بعد موت الواهب، اشارة لكونها قبل موته لا تعتبر، اذ لا حق للوارث وقتئذ، وانما يثبت له الحق بعد موت المورث (افاده في رد المحتار)

واما هبته اي المريض لاجنبي ، فتصح من كل ماله ان اجاز الورثة ، والا فمن الثلث فقط · ويجب عليه رد ما زاد على الثلث لانه كما قلنا : للهبة حينئذ حكم الوصية والوصية باكثر من الثلث لا تجوز ·

المادة ٨٨٠ - ✻ اذا وهب من استغرقت تركته بالديون امواله لوارثه او لغيره وسلمها ثم توفي فلأصحاب الديون الغاء الهبة وادخال امواله في قسمة الغرماء ✻

لان الهبة في المرض وان كان لها حكم الوصية ، الا ان الوصية لا تعمل حال قيام الدين ، كما في البزازية . اي لان الوصية انما تنفذ بعد وفاء الدين ·

وانظر ما لو مات الواهب وقد باع الموهوب له العين الموهوبة والمسئلة بحالها، هل ينقض البيع ويرد الموهوب بعينه للتركة ، او لا ويضمن الموهوب له جميع قيمته للغرماء ؟ الظاهر الثاني ، لما في جامع الفصولين : وهب قنه ولا مال له غيره فمات وقد باعه الموهوب له ، لا يفسخ بيعه ، بل يضمن قيمة ثلثي القن للورثة اه

ففي مسئلتنا حيث كان الواهب مديونًا بمحيط ، يضمن جميع القيمة كما ذكرنا، والظاهر انه لو باعه بعد موت الواهب ، لا ينفذ البيع بل يتوقف على اجازة الغرماء، بدليل انه لو كان قنًا فاعتقه بعد موت الواهب ، لا يجوز عتقه كما في الهندية ورد المحتار عن البزازية ·

✻ فروع ✻

اذا رجع الواهب في هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة ، فان كان بقضاء قاض فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعد موته

على الواهب وان كان ذلك بغير قضاء قاض ، كان رد المريض له حين طلب الواهب الرجوع فيها، بمنزلة هبة جديدة من المريض، فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين ، وان كان عليه دين يحيط بماله ابطلت ذلك الرجوع وردت الهبة الى تركة الميت (كذا في الهندية عن المبسوط)

لكن ذكر في الفصولين ان هذا انما يتمشى على رواية ان الرجوع بالهبة بالتراضي، هبة مبتدأة لا فسخ . واما على رواية انها فسخ كالرجوع بالقضاء، فينبغي ان يعتبر الرجوع من كل ماله سواء بحكم او بدونه اه .

اقول: هذا البحث مدفوع بما قدمناه في شرح المادة (٨٦٤) عن الزيلعي من ان الرجوع بالتراضي وان كان فسخاً على ما هو الصحيح الا ان اعتباره من الثلث فيما لو كان الموهوب له مريضاً لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر ان يبطله باختياره ، وان ابطله رد عليه كيفما كان ، استحساناً وفي القياس لا يرد اه فما بحثه في الفصولين هو القياس . وقول المبسوط « بمنزلة هبة جديدة » حيث لم يقل هبة جديدة، يشير الى ما قاله الزيلعي ، يعني انه بمنزلتها من حيث تعلق حق الوارث بكل مال الموهوب له ، تدبر

وفي جامع الفصولين : قال الزوج : وهبت لي المهر في صحتها وقال ورثتها لا بل وهبت في مرضها ، قيل يصدق الزوج ، وقيل يصدق ورثتها واعتمد عليه اضافة للحادث الى اقرب الاوقات ، ولأنه دين اختلف في سقوطه .

مريض له على وارثه دين فابرأه ، لم يجز . ولو قال لم يكن لي عليه شيء ثم مات، جاز اقراره قضاء لا ديانة .

ولو قالت مريضة « ليس لي على زوجي صداق » لا يبرأ عندنا ، خلافاً للشافعي لان سبب المهر وهو النكاح مقطوع به - بخلاف المسئلة الاولى . لجواز ان لا يكون عليه دين اه .

وفي الهندية : وتكلموا في حد مرض الموت . والمختار للفتوى انه اذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كانت صاحبة فراش او لم تكن . كذا في المضمرات . قال ابو الليث رحمه الله تعالى : هو ان لا يقدر يصلي قائماً . وهو احب ، وبه نأخذ (كذا في الجوهرة) .

مريضة وهبت مهرها من زوجها ثم ماتت ، قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى: ان كانت عند الهبة تقوم لحاجتها وترجع من غير معين على القيام فهي بمنزلة الصحيحة ، تصح هبتها (كذا في فتاوى قاضيخان) والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت ، فهبته من كل المال (كذا في التبيين في كتاب الوصايا)

والمرأة اذا اخذها الطلق ، فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من الثلث ، فان سلمت ، جاز ما فعلته من ذلك كله (كذا في الجوهرة) ولو وهبت المرأة مهرها من الزوج في حالة الطلق وماتت في النفاس ، لم يصح ، كذا في السراجية

وهبت مهرها من زوجها في مرض موتها ، ومات زوجها قبلها ، فلا دعوى لها عليه ، لصحة الابراء ما لم تمت ، فاذا ماتت منه ، فلورثتها دعوى مهرها (كذا في القنية)

وفيها ، قبيل الباب الثامن : مريض وهب لصحيح عبداً يساوي الفاً ولا مال له غيره ، فعوضه الصحيح منه عوضاً وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده ، فان كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد او اكثر ، فالهبة ماضية ، وان كانت قيمة العوض نصف قيمة الهبة ، يرجع ورثة الواهب في السدس الهبة وان كان العوض شرطاً في اصل الهبة ، فان شاء الموهوب له رد الهبة كلها واخذ العوض وان شاء رد سدس الهبة وامسك الباقي ، كذا في المبسوط

رجل اقر انه وهب لفلان هذا العبد ، قال بعضهم : يكون اقراراً بالهبة والقبض جميعاً لان الاقرار بالهبة المطلقة اقرار بهبة صحيحة تامة ، وذلك لا يكون الا بالقبض والاصح ان الاقرار بالهبة لا يكون اقراراً بالقبض (غياثية)

وفيها : رجل سقط منه لؤلؤة فوهبها لرجل وسلطه على طلبها وقبضها ، فطلبها وقبضها فالهبة باطلة ، لان في قيامها وقت الهبة خطر ، اذ الهبة تبطل بالاخطار

رجل وهب لرجل كيساً فيه دراهم فقال جميع ما في هذا الكيس لك وهو الف درهم ودفعه اليه فاذا في الكيس اكثر من ذلك او كان فيه دنانير كان الكيس وما فيه للموهوب له (فتاوى الغزولي) والله سبحانه وتعالى اعلم ، واستغفر الله العظيم .

﴿ الكتاب الثامن ﴾

(في الغصب والاتلاف ويشتمل على مقدمة و بابين)

المقـدمة

« في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالغصب والاتلاف »

المادة ٨٨١ — ﴿ الغصب هو اخذ مال احد وضبطه بدون اذنه ويقال للآخذ غاصب وللمال المضبوط مغصوب ولصاحبه مغصوب منه ﴾

اعلم ان الغصب ، كما في رد المحتار ، على ضربين : ما هو موجب للضمان ، فيشترط له ازالة اليد المحقة · وما هو موجب للرد ، فيشترط له اثبات اليد المبطلة اه فالتعريف المذكور في هذه المادة تعريف للضرب الثاني ، وهو ما يوجب الرد ، اعم من كونه موجباً للضمان او لا ، بدليل عقد فصل لغصب العقار من باب الغصب ، مع ان غصبه يوجب الرد دون الضمان ، على قولهما الذي اخذت به المتون ومشت عليه المجلة كما سيأتي ، خلافاً لمحمد . فما احسن ما اتت به من التعريف في هذه المادة ، وهو اخذ مال احد وضبطه بدون اذنه ، فانه افاد معنى قولهم اثبات يد مبطلة ، مع زيادة قيود خرج بها ما لا يكون غصباً ، فخرج بلفظ الاخذ ما لو جلس على بساط غيره وما لو غصب دابة فتبعتها اخرى او ولدها وما لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت فان التابع والضايع ليس مغصوباً ، فلا يضمن اه وكذا اذا قتل انساناً في مفازة وترك ماله ولم يأخذه حتى ضاع ، وما اذا غصب عجلاً فاستهلكه حتى يبس لبن امه ، يضمن قيمة العجل ونقصان الام وان لم يفعل في الام شيئاً · فان جميع ما ذكر ليس من الغصب ، ووجوب الضمان فيها من حيث

وجود التعدي لا من حيث تحقق الغصب ، وخرج بلفظ المال ما لم يكن مالاً كالميتة غير السمك والجراد وكالحر اذ اخذ على وجه التغلب ومثله كف من تراب او قطرة من ماء ٠

والمراد من قوله « احد » ان يكون من اهل دار الاسلام ، فخرج اخذ مال الحربي ٠

وخرج بقوله « بغير اذنه » مثل الوديعة والعارية ٠

ودخل في هذا التعريف غصب العقار وزوائد المغصوب المنفصلة كالثمرة ونحوها وما ليس متقوماً من المال كالخمر والخنزير وما اخذ بسرقة ، فان هذه جميعها يجب على الغاصب ردها وان كان الخمر لمسلم وان لم تضمن بالهلاك ، كما في رد المحتار وغيره ٠

واما صاحب التنوير فقد عرف كغيره الضرب الاول ، فاحتاج الى زيادة قيود تخرج ما دخل في تعريف الضرب الثاني ، فقال : هو ازالة يد محقة باثبات يد مبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه لا بخفية اه مع ان اكثر هذه القيود يغني بعضها عن بعض ، كما يعلم من حواشي الدر ٠

المادة ٨٨٢ — ❋ قيمة الشيء قائماً هي قيمة الابنية والاشجار حال كونها قائمة في محلها وهو ان تقوم الارض تارة مع الابنية او الاشجار وتارة تقوم على ان تكون خالية عنها فالتفاضل والتفاوت الذي يحصل بين القيمتين هو قيمة الابنية او الاشجار قائمة ❋

وهذه القيمة تجب على من تعدّى على شجر غيره فقطعه ، والحكم في ذلك كما في الهنديه : ان رب البستان بالخيار ان شاء دفع الاشجار المقطوعة للقاطع وضمنه قيمة الاشجار قائمة ٠ وطريق معرفة ذلك ما ذكر في هذه المادة ، وان شاء امسك الاشجار وضمنه قيمة نقصانها قائمة لأنه اتلف عليه القيام وطريق

معرفة ذلك انك اذا عرفت قيمة الاشجار القائمة بالطريق الذي تقدم فبعد ذلك ينظر الى تلك القيمة والى قيمة الاشجار المقطوعة ، ففضل ما بينها قيمة نقصان القطع . وان كانت قيمتها مقطوعة وغير مقطوعة سواء ، فلا شيء عليه اه .

المادة ٨٨٣ — ﴿ قيمة الشيء مبنياً هي قيمة البناء قائماً ﴾

وطريق معرفتها ما تقدم في المادة السابقة لأن هذه المادة عين ما قبلها . وانما ذكرت لبيان ان مبنياً وقائماً بمعنى واحد ، وان لفظ « مبنية » الواقعة في المادة ٩٠٥ هي بمعنى « قائمة »

المادة ٨٨٤ — ﴿ قيمة الشيء مقلوعاً هي قيمة انقاض الابنية بعد القلع او قيمة الاشجار المقلوعة ﴾

هذه القيمة تجب على من اعار ارضاً لغرس الاشجار والبناء عليها ولم يوقت الاعارة فبنى المستعير او غرس ثم رجع المعير في اعارته ، والقلع يضر بالارض ، فالمعير مخير بين ان يتملك البناء والغرس بقيمتهما مقلوعين ، وبين ان يكلف المستعير القلع ولا ضمان عليه . وقد تقدم الكلام على هذه المسئلة مستوفي في المادة ٨٣١ وشرحها .

المادة ٨٨٥ — ﴿ قيمة الشيء حال كونه مستحقاً للقلع هي القيمة الباقية بعد تنزيل اجرة القلع من قيمة المقلوع ﴾

هذه القيمة تجب اذا بنى الغاصب او غرس في الارض المغصوبة ، والقلع مضر

بالارض المغصوبة فالمغصوب منه ان يتملك البناء او الغرس بقيمته مستحق القلع وهي اقل من قيمته مقلوعاً بمقدار اجرة القلع . وستأتي هذه المسئلة في الماده (٩٠٦) وشرحها

المادة ٨٨٦ = * نقصان الارض هو الفرق والتفاوت الذي يحصل بين اجرة الارض قبل الزراعة واجرتها بعدها *

تفسير نقصان الارض بما ذكر في هذه المادة موافق لما قاله نصير بن يحيى . ففي رد المحتار : واختلفوا في تفسير النقصان . قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال و بعده ، فيضمن ما تفاوت ما بينهما من النقصان . وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء ، يعني انه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده ، فنقصانها ما تفاوت من ذلك ، فيضمنه ، وهو الاقيس . قال الحلواني : وهو الاقرب الى الصواب ، و به يفتى ، كما في الكبرى ، لأن العبرة لقيمة العين لا المنفعة اه .

اقول : ولعل المجلة اختارت القول الاول لانه ارفق بالناس وازجر للظلمة . فان التفاوت بين القيمتين قبل الاستعمال وبعده قلما يظهر ، ولربما تزداد قيمتها بعد الاستعمال بزيادة الرغبات في شرائها او بتغير الاسعار ، بخلاف التفاوت بين الاجرتين ، فان اجرة الارض اذا كانت مستريحة او مهيئة للزرع بالفلاحة تكون بلا شك اكثر من اجرتها بعد زرعها ، بل ربما لا يرغب في اجارتها اصلاً حتى تستريح سنة بتركها بلا فلاحة ولا زرع ، فيتضرر ذلك المظلوم المغصوب منه ضرراً فاحشاً . ولقد رأينا بعض الظلمة عاملهم الله بعدله يضع يده على اراضي بعض الضعفاء من الفلاحين وغيرهم فاذا شكي عليه بعد مدة لا تجديه فيها الدخالة والتوسل ادعى ذلك الظالم ملكيتها ، فاذا قيض الله حاكماً عادلاً ، وقليل ما هم ، وحكم له بها بالطريق الشرعي ، استأنف الحكم الى محكمة هي اعلى من الاولى . فان صدق له على الحكم ميزه لمحكمة التمييز ، فاذا تصدق الحكم بعد سنين عديدة امر ذلك الظالم برد الارض لصاحبها ، وقيمتها بعد زراعتها تلك السنين لا تنقص

عن قيمتها قبل ذلك ، فيكون ذلك الظالم استغل الارض سنين عديدة وذلك المظلوم ينظر اليه نظرة الملهوف المتحسر ، وقد تكون تلك الارض مدار معيشته

المادة ٨٨٧ – ❊ الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات و يقال لمن فعله فاعل مباشر ❊

سواء كان الاتلاف عن قصد او عن غير قصد ، كما سيأتي في المادة (٩١٢) غير ان الاتلاف على ضربين : ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع على العلم والثاني لا يتعلق به المأثم ، وهو ما وقع على الجهل ، كمن اتلف مال غيره وهو يظن انه له فانه يضمن ولا يأثم ، لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، معناه رفع مأثم الخطأ (افاده الشلبي)

المادة ٨٨٨ – ❊ الاتلاف تسبباً هو التسبب لتلف شيء يعني احداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب كما ان من قطع حبل قنديل معلقاً يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الارض وانكساره ويكون حينئذ قد اتلف الحبل مباشرة وكسره القنديل تسبباً وكذا اذا شق احد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً ❊

وسيأتي لهذا زيادة ايضاح وبيان في الفصل الثاني .

المادة ٨٨٩ – ❊ التقدم هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر

الملحوظ وازالته قبل وقوعه ❊

وذلك كقول احد من العامة لصاحب الحائط المائل ان حائطك هذا مخوف او مايل فانقضه لكيلا يسقط ،

❊ الباب الاول ❊

(في الغصب ويحتوي على ثلاثة فصول)

- الفصل الاول -

« في بيان احكام الغصب »

المادة ٨٩٠ — ❊ يلزم رد المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً وان صادف صاحب المال الغاصب في بلدة اخرى وكان المال المغصوب معه ،فان شاء صاحبه استرده هنالك وان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب ❊

اما لزوم رد عين المغصوب ، فلقوله عليه الصلاة والسلام ❊ على اليد ما اخذت حتى ترد ❊ ولقوله عليه الصلاة والسلام ❊ لا يحل لاحدكم ان يأخذ مال اخيه لاعباً ولا جاداً وان اخذه فليرده عليه ❊ ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد، وهي مقصودة ، لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف،

فيجب عليه نسخ فعله دفعاً للضرر عنه بعوده الى ما كان ·

واما لزوم الرد في مكان الغصب ، فلأنه اتم وجوه رد العين ، لان المالية تختلف باختلاف الاماكن (زيلعي)

ومحل وجوب رد العين اذا لم يتغير تغيراً فاحشاً ، وهو ما يفوت بعض العين وبعض نفعها ، فأنه حينئذ يتسلم الغاصب العين ويدفع قيمتها او يدفعها ويضمن نقصانها ، والخيار في ذلك للمالك (افاده في الدر وحاشيته رد المحتار ، وسيأتي)

وكما تجب رد العين في مكان الغصب يجب اعتبار القيمة في مكان الغصب ·

وقوله في هذه المادة « فان شاء صاحبه استرده الخ » محله ما اذا لم يشأ المالك اخذ القيمة ، لما في تكملة الطوري عن المنتقى : غصب من آخر دواب بالكوفة ، فالمغصوب منه بالخيار : ان شاء اخذها ، وان شاء قيمتها بالكوفة · قال : وكذا الخادم ، وكذا ما له حمل ومؤنة ، الا الدراهم والدنانير ، فانه يأخذها حيث وجدها وان اختلف السعر ، لانها اثمان ، وليس له ان يأخذ القيمة اه ·

وفي هذه المسئلة تفصيل ذكره في الخانية والبزازية وغيرهما ولخصه في رد المحتار معزياً للمنح فقال : لو غصب دراهم او دنانير فطالبه المالك في بلدة اخرى ، عليه تسليمها وليس للمالك طلب القيمة وان اختلف السعر · ولو غصب عيناً ، فلو القيمة في هذا المكان مثلها في مكان الغصب او اكثر ، فللمالك اخذ المغصوب لا القيمة · ولو القيمة اقل ، اخذ القيمة على سعر مكان الغصب ، او انتظر حتى يأخذه في بلده · ولو وجده في بلد الغصب وقد انتقص السعر ، يأخذ العين لا القيمة يوم الغصب · وان كان هلك وهو مثلي وسعر المكانين واحد ، يبرأ برد المثل · ولو سعر هذا المكان الذي التقيا فيه اقل ، اخذ المالك القيمة في مكان الغصب وقت الغصب ، او انتظر · ولو القيمة في هذا المكان اكثر ، اعطاه الغاصب مثله في مكان الخصومة او قيمته حيث غصب ، ما لم يرض المالك بالتأخير · ولو كانت القيمة في المكانين سواء ، للمالك ان يطالبه بالمثل اه ·

ثم ان ظاهر هذه المادة ان الواجب الاصلي هو رد العين ، والمثل او القيمة مخلص يصار اليه عند تعذر رد العين · وهو الصحيح ، كما في رد المحتار · قال الزيلعي : ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك · ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به ، لكونه

قاصراً . وكذا يبرأ برد العين من غير علم المالك بأن سلمه اليه بجهة اخرى او وهبه له او اطعمه اياه فأكله والمالك لا يدري انه ملكه او نحو ذلك من تسليم بايداع او شراء . ولو لم يكن هو الواجب الاصلي لما برىء ، الا اذا علم وقبضه علته كما في قبض المثل والقيمة .

وقيل الواجب الاصلي هو المثل او القيمة ، ورد العين مخلص . ولهذا لو ابرأه من الضمان حال قيام العين ، يصح ، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك . والابراء من العين لا يصح . وكذا الكفالة بالمغصوب ، تصح مع انها لا تصح بالعين اه وتمامه فيه

ويتفرع على وجوب رد العين لكونه الواجب الاصلي ما في الكنز وشرحه للزيلعي : فان ادعى ، اي الغاصب ، هلاكه ، حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو بقي لأظهره ، ثم قضى عليه ببدله يعني المثل او القيمة ، لأن حق المالك ثابت في العين ، فلم يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقوله ، كما اذا ادعى المدين الافلاس وليس لحبسه حد مقدر ، بل هو موكول الى رأي القاضي . ومثله في التنوير وشرحه الدر .

وفي الهندية : اقام بينة على رجل انه غصب منه جارية حبسته حتى يجيء بها فيردها عليه ، ذكر ابو اليسر والسرخسي ما ذكر محمد رحمه الله تعالى من ان هذه الدعوى والبينة مسموعة ، اصح ، لأن الغصب قد يكون بغتة فلا يمكن للشهود معرفة صفتها وقيمتها ، فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف للتعذر ، ويثبت بشهادتهم فعل الغصب .

ذكر بكر ان لم تثبت هذه البينة في حق القضاء ، تثبت في حق ايجاب الحبس كما في السرقة . وفي الاقضية : هذا كله اذا ادعى المالك ان الجارية قائمة . اما اذا قال هي هالكة ، يشترط لصحة الدعوى بيان القيمة بالاتفاق . وقول محمد رحمه الله تعالى « حتى يجيء بها فيردها » اي اذا اعاد البينة على عينها ، يعني اذا اختلفا في عينها بعد الاحضار . فإن قال الغاصب ماتت او أبقت او بعتها وسلمتها ولا اقدر عليها ، فإن صدقه المدعي يقضي عليه بالقيمة ان اراد المدعي ذلك ، وان كذبه يحبس مدة يغلب على رأي القاضي انه لو كان قادراً اخرجها ، ثم يخليه

ويقول المدعي اريد التلوم على ظهور الجارية او ضمان القيمة فان اراد القيمة واتفقا على شيء ، يقضي بتلك القيمة ، وان اختلفا في القيمة فالبينة للمدعي والقول للغاصب مع يمينه فان نكل فهو كالاقرار فيقضي عليه به . وان حلف اخذ المالك ما اقر به . ثم لو ظهرت الجارية ، ان كان المدعي اخذ القيمة ببينة او بتصديق الغاصب اياه في دعوى القيمة او بنكول الغاصب ، فلا سبيل للمالك عليها . وان اخذ بقول الغاصب ولم يكن راضياً به ، يخير : ان شاء رد القيمة واخذ الجارية ، وان رضي بالقيمة فالجارية للغاصب . قال الكرخي : هذا اذا ظهر ان القيمة اكثر مما قاله الغاصب . وان كانت كما قاله ، فلا سبيل للمالك عليها . وفي ظاهر الرواية ، الجواب مطلق ، وهو الصحيح . هكذا في المبسوط اه وسيأتي لهذا زيادة توضيح وتفصيل في التتمة آخر كتاب الغصب ان شاء الله تعالى

المادة ٨٩١ - ✻ كما انه يلزم ان يكون الغاصب ضامناً اذا استهلك المغصوب كذلك اذا تلف اوضاع بتعديه او بدون تعديه يكون ضامناً ايضاً . فان كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه . وان كان من المثليات يلزمه اعطاء مثله ✻

المراد بالغصب المذكور في هذه المادة هو الضرب الثاني من ضربي الغصب على ما ذكرناه في شرح المادة (٨٨١) وهو الغصب الموجب للضمان عند الهلاك المشروط فيه ازالة اليد المحقة . ولهذا عمم فيه الضمان حال الاستهلاك وحال الهلاك بتعد او بغير تعد فلا ، يتناول غصب العقار وزوائد المغصوب المنفصلة وخمر المسلم ، فان هذه لا تضمن الا بالاستهلاك او التعدي . وافادت هذه المادة ان المغصوب اذا كان قيمياً تجب قيمته يوم الغصب مطلقاً . سواء هلك او استهلك . وهو في صورة الهلاك بالاجماع وفي صورة الاستهلاك قول الامام . وعندهما قيمته يوم الاستهلاك . وفي جامع الفصولين : غصب شاة فسمنت ثم ذبحها ، ضمن قيمتها يوم غصب

لا يوم ذبحه عنده ، وعندهما يوم ذبحه . ولو تلفت بلا اهلاكه ، ضمن قيمتها يوم غصب اه (رد المحتار) .

ثم ان لزوم رد المثل ان كان موجوداً . فان انقطع المثل عن ايدي الناس بأن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه ، وان كان يوجد في البيوت ، تجب قيمته يوم الخصومة المعتبرة ، وهي ما تكون عند القاضي . وهـذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعليه مشت المتون ، وهو الاصح كما في الخزانة ، وهو الصحيح كما في التحفة

وعند ابي يوسف يوم الغصب ، وهو اعدل الاقوال كما قال في المنح ، وهو المختار على ما قال صاحب النهاية .

وعند محمد يوم الانقطاع ، وعليه الفتوى ، كما في ذخيرة الفتاوي ، و بهافتى كثير من المشايخ (كذا في الدر وحواشيه)

وجه قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان المثـل هو الواجب بالغصب ، وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة . ولهذا لوانتظر الي عود المثـل ، كان له ذلك ، وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك ، فتعتبر قيمته يوم الانتقال .

ووجه قول ابي يوسف ان المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم ، وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب ، فكذا فيما التحق به . ووجه قول محمد ان المثل هو الواجب بغصب ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع ، فتعتبر قيمته حينئذ (زيلعي)

وقد علمت ان كلا من هذه الاقوال الثلاثة مرجح .

قال السيد ابو السعود : قال الانقاني : ونحن نأخذ بقول محمد اه ، اي لان لفظ « وعليه الفتوى » اوكد الفاظ الترجيح . لكن قال في مجمع الانهر : وفيه كلام ، لان يوم الانقطاع لا يضبط وذكر الطحطاوي : لو احضر الغاصب مثل المغصوب يوم الانقطاع ، اجبر المالك على اخذه ، وليس له ان يطالب الغاصب بقيمته اه .

واعلم ان المثلي المخلوط بخلاف جنسه سواء تعذر تمييزه او تعسر ، كبر مخلوط بشعير وشيرج مخلوط بزيت ، قيمي فتجب قيمته يوم غصبه و كذا الدهن

المتنجس ، قيمي ، بخلاف النجس كدهن الميتة ، فانه غير متقوم . وكذا كل موزون يختلف بالصنعة ، كقمقم وقدر ودبس ورب وقطر . والرب بضم الراء سلافة كل ثمرة بعد اعتصارها . والقطر في عرف مصر والشام السكر المذاب على النار ، فهذه كلها قيميات وان كانت من الموزونات ، لانها تتفاوت بالصنعة . لان كل ما كان من صنيع العباد لا يمكنهم مراعاة المماثلة فيه لتفاوتهم في الحذاقة . وانما اعتبرت هذه قيميات لانا لو اوجبنا مثل القيمة من جنسه ادى الى الربا ، اومثل وزنه ابطلنا حق المالك في الجودة والصنعة . والجبن قيمي في الضمان لانه يتفاوت تفاوتا فاحشاً ، مثلي في غيره كالسلم . والجبن بضم فسكون او بضمتين كعتل . والفحم واللحم ولونياً والآجر ، قيمي .

كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت كسفينة موقورة اخذت في الغرق والقى الملاح ما فيها من مكيل وموزون ، يضمن قيمتها ساعته اه اي قيمته مشرفاً على الهلاك ، فان له قيمة وان قلت ، لاحتمال النجاة . وهذا اذا القى بلا اذن واتفاق ، والا ففيه تفصيل يأتي في باب القسمة .

ولو صب ماء في حنطة فافسدها وزاد في كيلها ، ضمن قيمتها قبل صبه للماء لا مثلها ، هذا اذا لم ينقلها يعني لم يحولها عن مكانها قبل الصب . فلو نقلها ضمن المثل ، لانه غصبه . وهو مثلي ، بخلاف ما لو صب الماء في الموضع الذي فيه الحنطة بغير نقل ، لان الغصب حصل بالاتلاف وليس سابقاً عليه ، كما مر ، وهو حين الاتلاف لم يبق مثلياً فيضمن قيمته سابقاً عليه .

والحاصل ان كل ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلي . وما ليس كذلك فقيمي اه من الدر وحواشيه . وسيأتي آخر كتاب الغصب ما لو اختلف المالك والغاصب في الهلاك قبل الرد او بعده ، و باقي مسائل الاختلاف .

المادة ٨٩٢ — ❋ اذا سلم الغاصب عين المغصوب في مكان الغصب يبرأ من الضمان ❋

وكذا يبرأ برد المغصوب الى مكان الغصب ولو بغير علم المالك ، كما في التنوير وغيره . وكذا يبرأ لو اثبت المالك يده على المغصوب ولو بغير علم الغاصب ، لما في الهندية :

قال الكرخي : اذا احدث المغصوب منه في الغصب حدثاً يصير به غاصباً لو وقع في ملك الغير ، صار مسترداً للغصب ويبرأ الغاصب به عن الضمان ، وذلك نحو ان يستخدم المغصوب ، لان الغصب اثبات اليد على المحل ، فاذا احدث حدثاً يصير به غاصباً فقد اثبت يده على المملوك ، وثبوت يد المالك يوجب سقوط الضمان عن الغاصب ، سواء عرف ذلك او لم يعرف ، لأن الحكم يبتني على السبب دون العلم ، ولا يكون الغاصب غاصباً بالغصب الأول بهذا ، الا ان يحدث غصباً مستقبلا . وكذلك لو ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ، عرفه او لم يعرفه . وكذا اذا كان باعه من صاحبه او وهبه له ولا يعرفه حتى لبسه وتخرق . وكذلك اذا غصب طعاماً ثم اطعمه عرفه او لم يعرفه ، برأ من الضمان . وان كان الغاصب خبز الدقيق او شوى اللحم ثم اطعمه لم يبرأ عن الضمان ، لانه ما اثبت يده على المغصوب في هذه الصورة . واذا اعورت المغصوبة او سقطت سنها في يد الغاصب ثم ردها على المالك ثم زال العور ونبت السن في يد المالك ، برأ الغاصب عن ضمان ذلك (كذا في الذخيرة) اه .

وفي البزازية : غصب فرساً وغصبه منه آخر وسرقه المالك من الغاصب الثاني ثم ان الغاصب الثاني استرده منه بالغلبة وعجز المالك عن مخاصمة الثاني ، ليس له ان يخاصم مع الاول ، لانه لما وصل الى المالك فقد برأ الاول عنه اه .

وفيها : غصب داراً واستأجرها من المغصوب منه والدار ليست بحضرتهما فاذا اسكنها الغاصب او قدر عليه بريء الغاصب من الضمان اه .

وفي الخانية : ولو ان الغاصب استأجر العبد من المغصوب منه ليبني له حائطاً معلوماً ، فان العبد يكون في ضمانه حتى يأخذ في عمل الحايط يبرأ عن الضمان . وكذا اذا استأجره من المالك للخدمة اه ونقل مثله في الهندية عن المنتقى .

ونقل ايضاً عن العمادية انه لو اعار المالك المغصوب من الغاصب ، لا يبرأ حتى لو هلك قبل الاستعمال يكون مضموناً على الغاصب اه .

لكن نقل عن الذخيرة ما نصه : وقال محمد رحمه الله تعالى في الجامع ، رجل غصب من آخر عبداً ثم استأجره من المغصوب منه ، صح ويصير المستأجر قابضاً له بحكم الاجارة بنفس العقد و يبرأ الغاصب عن الضمان . وهذا لان قبضه ينوب عن قبض الاجارة لانه ينوب عن قبض الشراء ، فاولى ان ينوب عن قبض الاجارة فاذا صار قابضاً بحكم الاجارة بنفس العقد صار اميناً وارتفع الضمان ، فلا يعود الضمان الا باعتداء مستأنف . فان مات العبد في مدة الاجارة مات امانة ويجب على الغاصب الاجرة فيما مضى من مدة الاجارة و يسقط الباقي . فان مضت مدة الاجارة والعبد حي ، لم يعد مضموناً اه ، فتأمل .

وفي البزازية : اخرج خاتم النائم ثم اعاده في النوم ، بيرأ . وان استيقظ ثم نام واعاده في هذا النوم الثاني ، لا يبرأ ، لان في الاول يجب الرد الى النائم وقد وجد . وفي الثاني يجب الرد الى اليقظان ، ولم يوجد .

والحاصل ان في اعادة الخاتم الى اصبع النائم والخف الى رجله والقلنسوة الى رأسه ، الامام الثاني رحمه الله تعالى يعتبر اتحاد النوم في ازالة الضمان كما ذكر هنا ، ومحمد رحمه الله تعالى يعتبر اتحاد المجلس ، حتى اذا اعاده في المجلس يبرأ عن الضمان ولو في نوم آخر . ولم يذكر مذهب الامام . والصحيح من مذهبه انه يعتبر التحويل للزوم الضمان ، فاذا لم يحوله عن مكانه واعاده الى اصبعه اي اصبع كان او رجله ، زال الضمان عنه . وان حوله ثم اعاده في تلك النومة او غيرها ، لا يبرأ ما لم يرده اليه حال اليقظة اه .

وفي الهندية : اذا امر المالك الغاصب ببيع العبد المغصوب ، صح ، ويصير وكيلا ولا يخرج عن ضمانه بمجرد الامر بالبيع ولا بمجرد البيع ، حتى لو هلك العبد قبل التسليم ينقض البيع ولزم الغاصب قيمة العبد . وكذلك المغصوب منه اذا باع المغصوب بنفسه فقبل التسليم الى المشتري ، لا يخرج المغصوب عن ضمان الغاصب .

ثم الغاصب اذا باع المغصوب بأمر المغصوب منه ورد المشتري المغصوب بالعيب على الغاصب ، ان كان الرد قبل القبض ، فهو في ضمان الغاصب على حاله . وان كان الرد بعد القبض ، لا يعود مضموناً (كذا في الذخيرة) اه

وفيها عن العمادية : رجل قطع غصناً فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن الضمان وكذلك لو حصد زرعاً او بقلا فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصود والمقطوع اه ·

المادة ٨٩٣ — ✻ اذا وضع الغاصب عين المغصوب امام صاحبه بصورة يقدر على اخذه يكون قد رد المغصوب وان لم يوجد قبض في الحقيقة · واما لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته امام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض حقيقة ✻

هكذا في جامع الفصولين · وفيه : اتى بقيمة المتلف فلم يقبلها المالك ، قال ابو نصر : يرفع الامر الى القاضي حتى يأمره بالقبول فيبرأ ·

وفيه : جاء بما غصبه فلم يقبله مالكه فحمله الغاصب الى بيته ، برأ ولم يضمن . ولو وضعه بين يديه فلم يقبله فحمله الى بيته ، ضمن ، وهو الاصح ، لانه يتم بالرد في الثانية بوضعه وان لم يقبله ، فاذا حمله بعده الى بيته فقد غصب ثانياً · اما اذا لم يضعه بين يديه ، لم يتم الرد اه — والمراد بوضعه وضعه بحيث تناله يده ، كما في البزازية ·

وفيها : اما اذا كان في يده ولم يضعه عند المالك فقال للمالك خذه فلم يقبله ، صار امانة في يده اه كذا في رد المحتار ·

وفي الهندية عن السراجية : ولو رد المغصوب الى احد من ورثة المغصوب منه ، لم يبرأ عن نصيب الآخرين اذا كان الرد بغير قضاء اه·

وفي البزازية : وضع المغصوب في حجر المالك فلم يعلم به المالك فجاء آخر وذهب به اتلفه اولا ، فالعهدة على الثاني ، وبرئ الاول · وان وضع بين يديه لا في حجره ، فالضمان على الاول ايضاً اه ·

وفي الهندية : رجل له على آخر دين فأخذ من ماله مثل حقه قال الصدر

الشهيد : المختار انه لا يصير غاصباً،لانه اخذ باذن الشرع لكن به يصير مضموناً عليه ، لان هذا طريق قضاء الدين . ولو كان على رجل دين فأخذ غير صاحب الدين من المديون ودفع الى صاحب الدين ، اختلف المشايخ فيه . قال نصير بن يحيى : يصير قصاصاً عن الدين ، لان الآخذ بمنزلة المعين له على اخذ حقه،والفتوى على هذا القول اه .

وفيها : اذا لبس ثوب غيره بغير امره حال غيبته ثم نزعه واعاده الى مكانه ، لا يبرأ عن الضمان قال مشايخنا : وهذا اذا لبس كما يلبس الثوب عادة . فاما اذا كان قميصاً فوضعه على عاتقه ثم اعاده الى مكانه ، لا يضمن في قولهم جميعاً .

وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل اخذ ثوب رجل من بيته بغير امره فلبسه ثم رده الى بيته فوضعه فيه فهلك ، لا ضمان عليه استحساناً . وكذلك لو اخذ دابة غيره من معلفها بغير امره ثم ردها الى موضعها فذهب فلا ضمان عليه استحساناً . وان اخذ الدابة من يد المالك غصباً ثم ردها فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها في دار صاحبها على معلفها فهو ضامن (نص عليه شمس الائمة السرخسي ، كذا في الذخيرة)

المادة ٨٩٤ — ﴿لو سلم الغاصب عين المغصوب الى صاحبه في محل مخوف فله حق في عدم قبوله ولا يبرأ الغاصب من الضمان بهذه الصورة﴾

لأنه يجب عليه تسليمه في مكان الغصب كما تقدم في المادة (٨٩٠) ولانه ذكر في الهندية: غصب من آخر سفينته فلما ركبها و بلغ وسط البحر لحقه صاحبها، فليس له ان يستردها من الغاصب . ولكن يؤجرها من ذلك الموضع الى الشاطئ مراعاة للجانبين . وكذلك لو غصب دابة ولحقها صاحبها في المفازة في موضع المهلكة لا يستردها ، لكن يؤجره اياها اه ومثله في البزازية . فاذا روعي جانب الغاصب بدفع الضرر عنه . وهو ظالم ، فلأن يراعي جانب المالك بدفع الضرر عنه ، وهو مظلوم اولى .

وهذا فيما اذا وقع الغصب في محل آخر غير المحل المخوف ، ظاهر . وينظر مالو وقع الغصب في نفس المحل المخوف ، هل يجبر المالك على قبوله لانه مكان الغصب، اولا لأنه لما غصبه صار في ضمانه فلا يبرأ الا بردِّه عليه في محل مأمون ؟ ومقتضى اطلاق هذه المادة الثاني ، وليحرر .

المادة ٨٩٥ — ﴿ اذا اعطى الغاصب قيمة المال المغصوب الذي تلف الى صاحبه ولم يقبله راجع الحاكم وامره بالقبول ﴾

فاذا امره القاضي بالقبول ، برأ كما قدمناه عن جامع الفصولين في شرح المادة (٨٩٣ تأمل).

وعبارة الخانيـة : ولو كان المغصوب مستهلكاً فأتاه القيمة فلم يقبل ولم يرفع الامر الى القاضي ووضع القيمة بين يدي المالك ، لا يبرأ . وان وضعه في يد المالك او في حجره ، يبرأ عن الضمان . ولو وضع عين الغصب او الوديعة بين يدي المالك برأ عن الضمان اه .

وفي الهندية : ولو غصب من آخر شيئاً فغاب المغصوب منه فجاء الغاصب الى القاضي وطلب منه ان يأخذه منه او يفرض له النفقة ، فالقاضي لا يأخذ ولا يفرض له النفقة . فان كان الرجل مخوفاً متلافاً فرأى القاضي ان يأخذه منه ويبيعه لا باس بـه ، لان هذا نظر من وجـه ، فكان للقاضي في ذلك رأي . كذا في الظهيرية اه .

المادة ٨٩٦ = ﴿ اذا كان المغصوب منـه صبيّاً ورد الغاصب اليه المغصوب فان كان مميزاً واهلاً لحفظ المال يصح الرد والا فلا ﴾

و يكون بمنزلة ما اذا رفع السرج عن ظهر دابة الغير ثم اعاده الى ظهر الدابة،

لا يصح ، يعني لا يبرأ عن الضمان . وان كان الغاصب استهلك المغصب حتى ضمن القيمة فدفع القيمة الى الصبي ، ان كان الصبي ماذوناً له في التجارة ، صح وبرأ من ضمانه . وان لم يكن مأذوناً له ، لا يبرأ ، لان دفع القيمة بتضمن معنى التمليك (كذا في كتاب جامع الصغار للاستروشني)

وكذا اذا كان المغصوب دراهم وقد استهلكها الغاصب ثم رد مثل ذلك على الصبي ، يبرأ ان كان ماذوناً ، وان كان كان محجوراً لا يبرأ .

وهذا كله اذا ردّه عليه بعد ما اخذ منه وتحوّل . وان رد عليه قبل ان يتحول عن مكان الاخذ ، يبرأ استحساناً ، وان كان محجوراً او لا يعقل الحفظ (افاده في الهندية)

المادة ٨٩٧ = ﴾ اذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً وان شاء ضمنه قيمته ﴿

المراد ان يتغير المغصوب بلا فعل من الغاصب ولا تصرف فيه ، كما في مجمع الانهر ، قال : بأن صار العنب زبيباً بنفسه او الرطب تمراً اه ومثله في الدرر .

فقوله « بنفسه » احترز عما اذا صار زبيباً بواسطة فعل الغاصب وتصرفه فيه ، كما هو الواقع في بلادنا ، فان العنب انما يصير زبيباً بغمسه بالزيت ونحوه وعليه فيكون مما غيّره الغاصب بزيادة شيء عليه ، فيكون حكمه كما سيأتي في المادة الآتية ، فافهم

المادة ٨٩٨ = ﴾ اذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً وان شاء ضمنه قيمته . مثلا لو كان المغصوب

شيئاً كالثوب وكان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب وان شاء اعطى قيمة الصبغ واسترد الثوب عيناً *

وكذا اذا غصب سويقاً فلته الغاصب بسمن فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الغاصب مثل السويق وان شاء اعطاه مثل السمن واسترد السويق الملتوت ، لأن الصبغ مال متقوم كالثوب، وبجنايته لا يسقط تقوم ماله ، فيجب صيانة حقهما ما امكن ، وكان صاحب الثوب اولى بالتخيير لانه صاحب اصل والآخر صاحب وصف ، وهو قائم بالاصل . وكذا السويق اصل والسمن تبع ، الا تراهم يقولون سويق ملتوت ؟ فيخير صاحبه لتعذر التمييز = بخلاف البناء والغرس ، لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض ، فامكن ايصال حق كل واحد منهما اليه . والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله لصاحبه ، وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل احد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار ، بل يؤمر صاحبه بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته .

وقال ابو عصمة في مسئلة الغصب ، يعني ما اذا صبغه الغاصب : ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله ، وهذا طريق حسن ايضاً ، لامكان وصول حق كل واحد منهما به الى صاحبه . ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضاً . والجواب في اللت كالجواب في الصبغ ، غير انه يضمن فيه مثل السويق والسمن لان السويق والسمن من الامثال ، بخلاف الصبغ والثوب . وهذا كله فيما يزيده الصبغ . فلو كان ثوباً ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا فتراجعت بالصبغ الى عشرين ، فمن محمد رحمه الله تعالى ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ . فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم ، لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ، ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة ، فالخمسة بالخمسة

قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة (رواه هشام عن محمد رحمه الله تعالى) وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله ، وانما وصل اليه بعضه ، وكان من حقه ان يطالب هو الى تمام حقه ، فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئاً ولم يحصل له به الا تلف ماله ، وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف ، والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة ، وكيف صار مسقطاً له هنا ؟ (كذا في الزيلعي)

قال في رد المحتار : واجاب عنه الطوري بما لا يشفي ، فراجعه .

اقول : وعلى ما قاله ابو عصمة ، المالك مخير بين ثلاثة اشياء ، اعطاء قيمة الزيادة واسترداد المغصوب ، او تضمين قيمة الثوب او بيعه والضرب في ثمنه . وعلى هذا اقتصر في الهندية عن المبسوط . وما احسن قول ابي عصمة لا سيا في مسئلة انصباغ الثوب بنفسه . وفي الطوري عن المحيط : ولو غصب صاحب الثوب عصفراً وصبغ به ثوبه فعليه مثله ، لانه مثلي . ولو غصب من رجل ثوباً ومن آخر عصفراً ، ضمن مثل عصفره ، وخير رب الثوب كما ذكرنا . ولو غصب ثوباً وعصفراً من رجل واحد وصبغه به ، كان له ان يأخذه مصبوغاً ويبرأ الغاصب من الضمان ، وان شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره . ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا ان يأخذا الثوب مصبوغاً كما لو كان لواحد ، ليس لهما ذلك ، لانه لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكاً من كل وجه . واذا اتحد المالك يكون الخلط استهلاكاً من وجه دون وجه آخر .

وفي البزازية : وعن محمد : غصب عبداً قيمته نصف الالف وخصاه فلما برأ صارت قيمته الفاً ، تخير مالكه في تضمين قيمته يوم خصاه . وان شاء اخذه ولا شيء له اهـ .

وقوله في هذه المادة « بزيادة شيء عليه » احترز به عما اذا فتله او غسله ، فان لصاحبه ان يأخذه ولا شيء للغاصب ، لأن الفتل ليس بزيادة عين مال فيه ، وانما هو تغيير بعض اجزائه ، والغسل ازالة وسخه ، والاشنان والصابون لا يبقى له عين في الثوب وانما يتلف بالماء .

والمراد بالفتل ان يكون بغير حرير زايد ، كفتل اهدابه ، والا فهو زيادة

كالصبغ (كذا في الهندية) وفيها عن التجريد : ولو غصب حيوانًا فكبر وازدادت قيمته ، كان للمالك ان يأخذه ولا شيء للغاصب وكذلك لو غصب جريحًا او مريضًا فداواه حتى برئ وصح . وكذا لو غصب ارضًا فيها زرع او نخل فسقاه او كان نخلا فأبّره ولقحه وقام عليه ، فهو له ولا شيء للغاصب فيما انفق . ولو حصد الزرع او جذ الثمرة واستهلك ، كان ضامنًا لذلك اه .

المادة ٨٩٩ = ❊ اذا غير الغاصب المال المغصوب بصورة يتبدل اسمه يكون ضامنًا ويبقى المال المغصوب له . مثلا لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقًا يضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له كما ان من غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه يكون ضامنًا للحنطة ويكون المحصول له ❊

قد بين في المادتين السابقتين ما اذا تغير المغصوب او غيره الغاصب على وجه لا ينقطع فيه حق المالك من المغصوب . وبين في هذه المادة ما اذا غيره الغاصب على وجه ينقطع فيه حق المالك ، وذلك بأن يتبدل اسم المغصوب ، كأن يجعل الغاصب الحنطة المغصوبة دقيقًا او يذبح الشاة المغصوبة ويطبخها او يشويها او يجعل الدقيق خبزًا او العنب عصيرًا او الزيتون دهنا او الغزل نسيجًا او الحديد سيفًا او الصفر آنية ، كما في الدر وغيره .

وذكر في التنوير والملتقى شرطًا آخر لانقطاع حق المالك ، وهو ان يزول مع تبدل اسمه اعظم منافعه ، اي اكثر مقاصده ، احترازًا عما اذا غصب دراهم فسكبها بلا ضرب ، فانها وان زال اسمها لكن يبقى اعظم منافعها . ولذا لا ينقطع حق المالك عنها ، عزاه في الدر الى المحيط وغيره .

وفي رد المحتار ان الاحتراز بتغير الاسم ، عن كاغد غصبه فكتب عليه او قطن فغزله او لبن فصيره مخيضًا او عصير فخلله ، فانه لا ينقطع به حق المالك ،

وقيل ينقطع = وعمّا اذا غصب شاة فذبحها فان ملك مالكها لم يزل بمجرد الذبح حيث يقال شاة مذبوحة اه معزيًا للدرر ٠

لكن في الهندية عن الذخيرة : لو غصب قطناً وغزله ولم ينسجه ففيه اختلاف المشايخ ٠ والصحيح انه ينقطع اه تأمل ٠

وحكم قطع يد ما يؤكل لحمه او رجله كذبحه ، اي ان المالك مخير بين ان يمسكها ويضمن الغاصب النقصان ، او يتركها ويضمنه قيمتها ، لان حق المالك لم ينقطع ٠ وهكذا حكم ذبح ما لا يؤكل لحمه ايضاً ، كحمار ، وكذا قطع يده او رجله ان كان يمكن الانتفاع به او بشيء منه ولو بجلده ٠ وان كان لا يمكن الانتفاع بشيء منه بأن قتله قتلا ، فالمالك مخير بين اخذه ولا يضمن الغاصب شيئاً ، اذ لا نقصان حينئذ حتى يضمنه اياه وانما هو استهلاك ، او يتركه ويضمنه جميع القيمة ٠ هذا ملخص ما في الملتقى وشرحه مجمع الانهر والدر وحواشيه ٠

وافاد في رد المحتار عن النهاية ان غير المأكول يشمل الفرس . وكما ينقطع حق المالك عن المغصوب بالتغير وزوال الاسم ، ينقطع ايضاً اذا اختلط المغصوب بملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازه ، كاختلاط البر المغصوب ببره ، او يتعسر ، كاختلاط البر المغصوب بشعيره ٠ ومتى انقطع حق المالك ملكه الغاصب ٠

اما في صورة التغيير وزوال الاسم ، فلانه احدث صنعة متقومة واما في صورة الاختلاط ، لئلا يجتمع البدلان في ملك المغصوب منه ٠ لكن لا يحل له الانتفاع به قبل رضى المغصوب منه باداء ضمانه اوالابراء عنه او تضمين القاضي ٠ والقياس حله ، وهو رواية ٠ فلو غصب طعاماً فمضغه ، صار مستهلكا يبتلعه حلالاً في رواية ، وحراماً على المعتمد ، حسماً لمادة الفساد ٠ كذا في الدرر ٠

وفي رد المحتار عن المنتقى : كل ما غاب صاحبه ويخاف عليه الفساد ، فلا بأس بأن ينتفع به بعد ما يشهد على نفسه بضمانه ولا يخرجه ذلك من اثم الغصب اه

وفيه : ومثل اختلاط المغصوب بملك الغاصب ما اذا خلطه بمغصوب آخر ، لما في التتارخانية عن الينابيع : غصب من كل واحد منهما الفاً فخلطهما ، لم يسعه ان يشتري بها شيئاً مأكولاً فيأكله ، ولا يحل له اكل ما اشترى ، حتى يؤدي عوضه اه

وفيها عن المنتقى : معه سويق ومع آخر سمن فاصطدما فانصب السمن في سويقه ، يضمن مثل السمن ، لانه استهلكه دون الآخر ، لان هذا زيادة في السويق .

وفيها عن الخانية : اختلطت نورته بدقيق آخر بلا صنع احد ، يباع المختلط ويضرب كل واحد منهما بقيمته ، اذ ليس احدهما اولى بايجاب النقصان عليه اه .

وفيه ايضاً : لو ابى المالك اخذ القيمة في صورة تغير الاسم واراد اخذ المغير ، لا يملك ذلك كما في النهاية اه .

ولا يرد على هذا ما في الهندية : رجل غصب من آخر كرّاً من حنطة ثم دفعه الى المغصوب منه وقال له اطحنه لي فطحن ثم علم انها كانت حنطته ، فللمغصوب منه ان يمسك الدقيق . وكذا لو غصب غزلاً ثم دفعه الى المغصوب منه وقال انسجه لي ثم علم به اه لأن هذا التغير كان بفعل المغصوب منه ، وبمجرد وصول المغصوب ليده صار مسترداً له .

ثم ان ما تقدم من انه يزول ملك المالك عن المغصوب ويملكه الغاصب في صورة تبدل الاسم يستثنى ما اذا كان المغصوب احد الحجرين الفضة او الذهب ، فأن الغاصب اذا ضرب بهما درهماً او ديناراً او صاغه اناء او حلياً ، لم يملكه ، وهو لمالكه مجاناً عند ابي حنيفة ، فلا يضمن المالك للغاصب شيئاً لاجل الصياغة ، لانه لم يوجد الا العمل المجرد ، الا اذا جعله من اوصاف ملكه بحيث يكون في نزعه ضرر ، كما لو جعله عروة مزادة او صفايح في سقف (كذا في الدر وحواشيه) . واما اذا سبك الفضة والذهب ولم يصنعها ولم يضرب بهما دراهم ودنانير بل جعلهما صفايح ، لم ينقطع حق صاحبها عنها بالاجماع ، كما في الهندية . وكذا لو غصب دراهم وسبكها ولم يضرب منها شيئاً ، فانه لا ينقطع حق المالك بلا خلاف ، كما تقدم آنفاً عن الدر .

﴿ تتمة ﴾

ذكر في البزازية : في كل موضع انقطع حق المالك فالمالك احق بالعين من سائر الغرماء الى ان يستوفي حقه وليس بمنزلة الرهن . فأن ضاع فعلى الغاصب اه فهو

كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البايع قبل ايفاء الثمن ، بل اولى ، لأن الملك اقوى من اليد ، كما في الزيلعي ·

المادة ٩٠٠ = ❋ اذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله و يطالب بقيمته التي في زمان الغصب · ولكن اذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمان · مثلاً اذا ضعف الحيوان الذي غصبه ورده الغاصب الى صاحبه يلزم ضمان نقصان قيمته · كذلك اذا شقق احد الثياب التي غصبها وطرأ بذلك على قيمتها نقصان فان كان النقصان يسيراً يعني لم يكن بالغاً ربع القيمة اي قيمة المغصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته وان كان فاحشاً اعني ان كان النقصان مساوياً لربع قيمته او ازيد فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه نقصان القيمة وان شاء تركه للغاصب واخذ منه تمام قيمته ❋

شروعٌ في بيان احكام نقص المغصوب في يد الغاصب ، بعد الفراغ من بيان احكام الزيادة عليه واحكام هلاكه حقيقة او حكماً بانقطاع حق المالك عنه · وقد تضمنت هذه المادة اربع مسايل : الأولى : اذا تراجع سعر المغصوب فنقص عن سعره يوم الغصب ، فان المالك ليس له الا اخذ عين المغصوب بلا رجوع على الغاصب بشيء · وهذا لأن تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء من العين · لكن كون الحكم كذلك مقيد بما اذا كان الرد في مكان الغصب · فلو كان في مكان آخر فالمالك مخير بين ثلاثة اشياء : ان يأخذ القيمة على سعر مكان الغصب يوم الخصومة او ينتظر الى رده في مكان الغصب او يرضى برده في المكان الذي وجده

فيه . كذا في شرح مسكين على الكنز مع حاشيته لأبي السعود .

الثانية : اذا نقص المغصوب بفوات وصف مرغوب فيه كما اذا ضعف الحيوان المغصوب او زال سمعه او بصره او حصل له عور او شلل او بفوات المعنى المرغوب في العين، كالعبد اذا كان شاباً فصار شيخاً او شابة فصارت عجوزاً او نسي الحرفة التي كان يعلمها او القران او صار آبقاً او سارقاً بعد ان لم يكن كذلك او جن ، فالمالك في جميع هذه الصور ليس له الا اخذ عين المغصوب والرجوع بالنقصان سواء حصل النقص بفعل الغاصب او بفعل اجنبي او بلا فعل احد ، كما صرح به مسكين على الكنز ، لانه مضمون على الغاصب بمجرد الغصب ، فلم يتفاوت هلاكه بفعله او بغير فعله ، ولذا وجب عليه قيمته يوم الغصب .

ثم اذا كان النقص بفعل اجنبي ، فالمالك مخير بين ان يرجع بالنقصان على الغاصب و يرجع هو على الجاني ، أو على الجاني ولا يرجع على احد ، لانه قرر على الغاصب ضماناً كان يمكنه ان يتخلص منه برد العين (افاده في رد المحتار) و به ظهر ان تقييد النقصان في هذه المادة بكونه بسبب استعمال الغاصب تبعاً للدر ، قد ذكر اتفاقياً لا احترازياً .

المسئلة الثالثة : اذا نقص المغصوب بفوات جزء منه وكان النقص يسيراً كما اذا خرق الثوب خرقاً يسيراً ، فالحكم فيه كما في سابقه ، وهو ان المالك ليس له الا اخذ العين وتضمين النقصان ، وليس له خيار الترك على الغاصب . وذلك لان النقص لما كان يسيراً ، كانت العين قائمة من كل وجه . قيل : الا اذا وجد فيها الغاصب صنعة .

واقول : لا معنى لهذا الاستثناء ، لان تجديد الصنعة فيها لا توجب نقصاً بل زيادة في المغصوب ينقطع بها حق المالك ، كما تقدم في المادة (٨٩٩)

المسئلة الرابعة : اذا نقص المغصوب بفوات جزء منه وكان النقص فاحشاً كما اذا خرق الثوب خرقاً فاحشاً ، فصاحبه بالخيار : ان شاء ضمن الغاصب كل القيمة ويكون المغصوب للغاصب ، لانه حيث كان النقص فاحشاً ، مستهلك من وجه ، لانه صار لا يصلح لجميع ما كان صالحاً له قبله — وان شاء اخذ المغصوب وضمن النقصان الغاصب ، لانه تعيب من وجه وهو قائم في الحقيقة (هندية)

واختلف في الحد الفاصل بين النقص اليسير والنقص الفاحش على اربعة اقوال مذكورة في الشرنبلالية ، اختارت منها المجلة القول الأول منها ، وهو انه ان اوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش . وان دون ذلك فهو يسير اه

وفي الهندية : قال شمس الائمة السرخسي : والحكم الذي في الخرق في الثوب من تخيير المالك اذا كان الفرق فاحشاً ، وامساك الثوب واخذ النقصان اذا كان الخرق يسيراً ، فهو الحكم في كل عين من الاعيان — الا في الاموال الربوية ، فان التعييب هناك فاحشاً كان او يسيراً موجب لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء ، و بين ان يسلم العين و يضمنه مثله او قيمته ، لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدي الى الربا (كذا في النهاية) فلو غصب ثوباً فعفن عنده او اصفر ، اخذه المالك وما نقصه .

وهذا اذا كان النقصان يسيراً . فاذا كان كثيراً ، يخير بين الاخذ والترك . وان كان المغصوب مكيلا او موزوناً فعفن عند الغاصب ، فعليه مثله ، وهذا الفاسد للغاصب ، وان شاء اخذ الطعام العفن ولا شيء عليه (كذا في المحيط)

وبهذا يعلم ان الامساك واخذ النقصان في المسئلة الثانية ، وهي ما اذا كان النقص بفوات الوصف المرغوب او المعنى المقصود من المغصوب ، هو مقيد ايضاً بما اذا لم يكن من الاموال الربوية ، والا فهو موجب لصاحبها الخيار المذكور . فان النقص في الثوب الذي عفن اواصفر ، و كذا في الحنطة التي عفنت ، حاصل بفوات الوصف المرغوب ، وهو اليبس كما لا يخفى .

وفي الهندية : كل اناء مصوغ كسره رجل ، فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغاً من الذهب . وان كان من الذهب فعليه قيمته مصوغاً من الفضة (كذا في المبسوط) ومن عدا على قلب رجل وهشمه وكان القلب من فضة كان صاحب القلب بالخيار : ان شاء اخذه مهشوماً ولا شيء له غيره ، وان شاء ضمنه قيمته مصوغاً من ذهب وتركه عليه . ولو اراد ان يضمنه قيمة النقصان ويأخذ المهشوم ، فليس له ذلك . و بعد ما قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس لو تفرقا قبل التقابض من الجانبين ، فانه لا يبطل القضاء ، لان القيمة قامت مقام العين .

ثم الفضة والذهب بالصياغة لا يخرجان عن اعتبار الوزن . وغيرهما من الحديد

والصفر والنحاس وغير ذلك قد يخرج بالصياغة عن حد الوزن ، وقد لا يخرج . فما كان لا يخرج عن حد الوزن بالصياغة نحو ما اذا كان في موضع يباع وزناً ولا يباع عدداً فيكون حكمه كالذهب والفضة المصوغ . فاذا كسره رجل واورث فيه عيباً فاحشاً او يسيراً يخير صاحبه بين اخذ الجنس بغير شيء و بين التسليم الى الكاسر واخذ القيمة من الدراهم والدنانير ، ولا يكون التقابض من شرطه بالاجماع . وان كان يخرج بالصياغة عن حد الوزن وصار عددياً ، فان كان الكسر لم يورث فيه عيباً فاحشاً فليس لصاحبه خيار الترك ولكن يحبسه لنفسه ويضمنه النقصان من جهة القيمة . وان كان الكسر اورث فيه عيباً فاحشاً فصاحبه بالخيار : ان شاء اخذه منه واخذ قيمة النقصان معه ، وان شاء سلمه الى الكاسر وضمنه قيمته صحيحاً غير مكسور (كذا في شرح الطحطاوي)

وفي الخانية : رجل غصب عبداً فابيضت عينه عند الغاصب فاسترده المالك وضمن الغاصب ارش العين ثم انجلى البياض عند المالك كان للغاصب ان يسترد من المالك ما ضمن من ارش العين اه .

المادة ٩٠١ = ﴿ الحال الذي هو مساوٍ للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب كما ان المستودع لو انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب و بعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً ﴾

قد عرفت المجلة الغصب في المادة (٨٨١) بأنه اخذ مال احد وضبطه بدون اذنه . ولما خرج بهذا التعريف مسايل لها حكم الغصب من حيث وجوب الضمان ، بينت هذه المادة انه قد يدخل في حكم الغصب ما ليس بغصب ان ساواه في ازالة تصرف المالك عن ملكه . فمن ذلك ما اذا قتل انساناً في مفازة وترك ماله ولم يأخذ منه شيئاً ، وما اذا غصب عجلاً واستهلكه حتى يبس لبن امه ، فانه يضمن المال في

المسئلة الأولى ، ويضمن العجل مع نقصان امه في المسئلة الثانية ، كما صرح به في الخانية ، كما هو حكم الغصب ، مع انه ليس بغصب ، اذ لم يأخذ المال ولا الأم ولم يفعل فيهما شيئاً .

كما ان من جحد الوديعة ثم هلكت عنده بلا تعد يكون ضامناً مع ان الوديعة قد كان اخذها باذن المالك ، فكان لها حكم الغصب مع انها ليست بغصب . لكن كون الوديعة تضمن بمجرد الجحود هو احد قولين ذكرهما في جامع الفصولين كما تقدم في كتاب الوديعة ، وقيل لا يضمن ما لم ينقلها بعد الجحود من مكانها التي كانت فيه . والذي اقتصر عليه في الخلاصة عن المنتقى الضمان مطلقاً ، واطلاق هذه المادة يوافقه .

وانما كان جحود الوديعة له حكم الغصب ، لأن فيه ازالة تصرف المالك حكماً ، لأن يد المودع كانت يد صاحب الوديعة قبل الجحود وبعده ازيلت يد صاحبها الحكمية ، كما في رد المحتار .

وكون وجوب الضمان في هذه المسائل من حيث وجود التعدي والاتلاف تسبباً ، لا من حيث تحقق الغصب ، كما تقدم في شرح (٨٨١) المذكورة ، لا ينافي ما ذكر من ان لها حكم الغصب ، بل يؤيده ، لان جميع مسائل الاتلاف لها هذا الحكم ، ولهذا ذكرت احكامها في كتاب الغصب .

المادة ٩٠٢ — ﴿ لو خرج ملك احد من يده بلا قصد مثلاً لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته يتبع الاقل في القيمة الاكثر . يعني صاحب الارض التي قيمتها اكثر يضمن لصاحب الاقل ويتملك تلك الارض . مثلا لو كان قبل الانهدام قيمة الروضة الفوقانية خمسماية وقيمة التحتانية الفاً يضمن صاحب الثانيه لصاحب الأولى قيمتها ويتملكها . كما اذا سقط من يد احد لؤلؤ قيمته خمسون والتقطته دجاجة قيمتها خمسة فصاحب اللؤلؤ يعطي الخمسة ويأخذ

الدجاجة انظر الى مواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ *

وهي اي المواد الثلاثة المذكورات* الضرر الأشد يزال بالضرر الاخف * و * اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمها ضرراً بارتكاب اخفهما * و * يختار اهون الشرين * اه

ومن مسايل خروج الملك من يد المالك بلا قصد ، لو ادخل بقر رجل رأسه في قدر آخر ، او اودع فصيلاً فكبر في بيت المودع ولم يمكن اخراجه الا بهدم الحائط ، او سقط دیناره في محبرة غيره ولم يمكن اخراجه الا بكسرها ، ونحو ذلك ، فان صاحب الأكثر يضمن قيمة الاقل (كذا في الدر)

قال في حاشية رد المحتار : فان كانت قيمتهما على السواء ، يباع عليهما ويقتسمان الثمن تاترخانية اه فان ابى صاحب الاكثر ان يدفع قيمة الاقل ، يباع الكل عليهما . ففي الخانية : شجرة القرع اذا نبتت في ملك رجل فصارت في حب رجل آخر وعظم القرع فتعذر اخراجه من غير كسر الحب ، فهي بمنزلة اللؤلؤة اذا ابتلعتها دجاجة ، ينظر الى اكثر المالين يقال لصاحبه ان شئت اعطيت الآخر قيمة ماله فيصير لك ، وان ابى ، يباع الحب عليهما ويكون الثمن بينهما اه .

وذكر في الخانية ايضاً : البعير اذا ابتلع لؤلؤة وقيمة اللؤلؤة اكثر ، كان لصاحب اللؤلؤة ان يدفع اليه قيمة البعير . فان كان ثمن اللؤلؤة شيئاً يسيراً فلا شيء على صاحب البعير اه فتأمل .

وتقييد الخروج بكونه بلا قصد ، لاختلاف الحكم اذا كان بالقصد . ففي الهندية : ولو وقع درهم او لؤلؤة في محبرة وكان لا يخرج الا بكسرها ، ان كان ذلك بفعل صاحب المحبرة وكان اكثر قيمة من المحبرة ، كسرت ولا غرم على صاحب الشيء الواقع فيها وان وقع بفعل صاحب الشيء او بغير فعله ، كسرت ايضاً وعلى صاحب الشيء قيمة المحبرة . وان شاء صبر حتى تكسر (كذا في الجوهرة)

وفي الهندية ايضاً : واذا دخلت اترجة رجل في قارورة الآخر ، ينظر الى اكثرهما قيمة فيؤمر صاحبه بأن يدفع قيمة الآخر . ولو ادخل رجل اترجة رجل

في قارورة الآخر ، يضمن قيمة كل واحد منها لصاحبه ، ولا خيار لاحد لانه اتلفها ، وتكون الاترجة والقارورة له (كذا في مبسوط السرخسي) اه

﴿ تتمة ﴾

ذكر في الدر ما حاصله : انه لو ابتلع لؤلؤة فمات ، لا يشق بطنه ، لأن حرمة الآدمي اعظم من حرمة المال . ثم نقل عن تنوير البصائر ان الاصح انه يشق ، كما هو عند الشافعي . وذكر في حاشية رد المحتار وفي البزازية : وعن محمد لا يشق لودرة ، وعليه الفتوى ، لان الدرة تفسد فيه فلا يفيد الشق . والدنانير لا تفسد .

وفي البيري عن تلخيص الكبرى : لو بلع عشرة دراهم ومات ، يشق . وافاد البيري عدم الخلاف في الدراهم والدنانير ، لعدم فسادها . وقد علم اختلاف التصحيح في الدرة ، وانفط الفتوي اقوى ، تأمل اه فأفاد انه لا يشق في الدرة مطلقاً على ماعليه الفتوى ، ويشق في الدراهم والدنانير اذا بلغ قيمة العشرة دراهم ، لا اذا كانت اقل ، تأمل هذا .

وفي الهندية ما نصه : رجل ابتلع درة رجل ومات ، فأن ترك مالاً اعطى الضمان من تركته ، وان لم يترك مالاً لا يشق بطنه ، ولو ابتلع درة غيره وهو حيّ ، يضمن قيمتها ولا ينظر الى ان تخرج منه اه .

المادة ٩٠٣ = ﴿ زوائد المغصوب لصاحبه واذا استهلكها الغاصب يضمنها . مثلا اذا استهلك الغاصب لبن الحيوان المغصوب او فلوه الحاصلين حال كون المغصوب في يده او ثمر البستان المغصوب الذي حصل حال كون المغصوب في يده ضمنها حيث انها اموال المغصوب منه . كذلك لو غصب احد بيت نحل العسل مع نحله واستردها المغصوب منه يأخذ ايضاً العسل الذي حصل عند الغاصب ﴾

عبارة الدر شرحاً ومتناً هكذا : وزوايد المغصوب مطلقاً ، متصلة كسمن وحسن ، او منفصلة كدر وثمر ، امانةٌ لا تضمن الا بالتعدي او المنع بعد طلب المالك ، ولو طلب المتصلة لا يضمن اه .

قال محشيه الحلبي . لان دفعها ، يعني المتصلة ، غير ممكن ، فلا يكون مانعاً اه .

وقال محشيه الرحمتي : بقي ما لو طلبها مع الاصل بأن قال سلمنى الجارية او الدابة بعد الحسن او السمن ، فمنعه ، ينبغي ان يضمنه كالاصل ، وليحرر اه .

وقال في رد المحتار ، بعد نقل ذلك ، اقول : ذكر في المجمع ان الزيادة المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم قال شارحه : اي عند ابي حنيفة . اما المنفصلة ، فمضمونة اتفاقاً ، لانه بالتسليم الى المشتري صار متعدياً اه فحيث لم يضمن بالتسليم الى المشتري ، لا يضمن بالمنع ايضاً اه مختصراً . يعني وان كان الطلب مع الاصل .

اقول : ذكر في الهندية نقلا عن محيط السرخسي ان الغاصب لو استهلك الزوايد المتصلة في غير الآدمي ، لا يضمن الزيادة عنده ، خلافاً لهما ، وهو الصحيح اه .

وفي البزازية : ولو استهلك الغاصب المغصوب بعد الزيادة بأن باعه وسلمه الى المشتري فهلك عند المشتري ، فالمالك بالخيار ، ان شاء ضمنه قيمته يوم الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب ، او ضمن المشتري قيمته يوم القبض وبطل البيع ، وله ان يرجع على الغاصب بالثمن ، وليس له على الغاصب قيمته يوم التسليم عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اه ومثله في شرح مسكين على الكنز .

وذكر محشيه ابو السعود : وفي توجيه قول الامام ان الزيادة المتصلة وصف لا يقابله . شيء من الثمن ، فلا تضمن ، بخلاف المنفصلة ، ولأنه لا يمكن تضمين الزيادة المتصلة مع الأصل ، لان ضمان الاصل واجب بالغصب فلا يتصور ايجابه بالتسليم ، يعني الاستهلاك ، لان اثبات الثابت محال = ولا يمكن تضمين الزيادة بدون الاصل ، لانها تبقى ببقاء الاصل ، فلا تنفرد عن الأصل بضمان ، فامتنع التضمين ضرورة .

وفي توجيه قولهما انه بالتسليم الذي هو استهلاك فوت على المالك مكنة استرداده المغصوب مع الزيادة فصار متعدياً فيها فيضمنها كما يضمن المنفصلة اه

فقد ظهر ان تضمين الزوابد عند الاستهلاك او المنع بعد الطلب في المنفصلة ،متفق عليه . وفي المتصلة ، فيه خلاف: فعند الامام لا يضمن،وعندهما يضمن كالمنفصلة . واما ذكر بعضهم الخلاف المذكور في مسئلة البيع والتسليم ، فليس لكون الخلاف خاصاً في هذه المسئلة بل لكون هذه المسئلة من جملة مسائل الاستهلاك ، كما ذكروه ، كما صرحت به عبارة الهندية وعبارة البزازية . وتوجيه كل واحد من قولي الامام وصاحبيه المنقول آنفاً عن ابي السعود يشعر بذلك ايضاً .

وبهذا علم ان بحث الرحمتي السابق لا يتمشى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لان الزيادة المتصلة لا تضمن عنده بالاستهلاك حقيقة ، فضلاً عن المنع بعد الطلب . نعم يتمشى على قولهما ، لكونها مضمونة كالمنفصلة . وظاهر اقتصار متن المجمع والبزازية على قول الامام كما تقدم ، يفيد ترجيحه . وكذا اقتصر عليه في الانقروية معزياً لمجمع الفتاوى .

واما قول الهندية عن مبسوط السرخسي كما تقدم «وهو الصحيح» فيحتمل ان الضمير فيه راجع لقول الامام ، لانه المحدث عنه . ويحتمل انه راجع لقولهما لانه اقرب مذكور ، فتأمل وراجع لتقف على الصحيح . وعلى ما ذكرنا لا منافاة بين ما نقله في رد المحتار اولاً عن شرح المجمع لابن ملك من قوله «فلو قتله ، اي المغصوب الغاصب ، ضمنه مع الزيادة» المشعر بأن تلك الزيادة متصلة ، و بين ما نقله بعد ذلك عن جامع الفصولين من قوله «غصب شاة فسمنت فذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لا يوم ذبحه عند ابي حنيفة كما لو تلف بلا اهلاكه» اه لان المنقول اولا عن بن ملك جارٍ على قولهما . واقتصار هذه المادة على التمثيل بالزيادة المنفصلة فقط،مشعر بما ذكرنا ، ومشعر ايضاً باختيار قول ابي حنيفة ان الزيادة المتصلة غير مضمونة ، فتدبر .

واعلم ان الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من زوايد المغصوب ، فهي غير مضمونة وان استهلكها ، لانها عوض عن منافع المغصوب ، ومعلوم ان منافع المغصوب غير مضمونة عندنا ، فكذا بدلها (رد المحتار عن الكفاية)

وفي هامش الانقروي عن العتابية : وكما ان باستهلاك الزوايد يعني المنفصلة ومنعها عن المالك اذا طلب بنفسه يضمن ، كذلك يضمن بالجحود اذا طلب

المالك بنفسه اه .

المادة ٩٠٤ — ﴿ عسل النحل التي اتخذت في روضة احد مأوى هو لصاحب الروضة واذا اخذه غيره واستهلكه يضمن ﴾

لانه ملك صاحب الارض لحصوله من نملتها وازالها وان لم يكن المالك قد اعدها لذلك كما نقله الشارح سليم باز عن الدر وحواشيه ، ولم اره الآن .
والظاهر ان التقييد بالاستهلاك اتفاقي والا فبالهلاك ايضاً يضمن غاصب العسل ، كما هو حكم المال المغصوب . والظاهر ايضاً انه لو غصب روضة فاتخذ النحل فيها مأوى وهي في يد الغاصب ، ان يكون العسل الحاصل من ذلك النحل من زوائد المغصوب المنفصلة كالثمر ، فتكون امانة في يد الغاصب تضمن بالاستهلاك او المنع بعد الطلب ، لا بالهلاك كما تقدم ذلك في الثمر ونحوه ، و يحرر .

= الفصل الثاني =

— في بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار —

العقار مثل سلام كل ملك ثابت له اصل كالدار والنخل اه (مصباح المنير)
وقدمنا في شرح المادة (٨٨١) ان الغصب على ضرب بين ، ما هو موجب للضمان فيشترط له ازالة اليد المحقة ، وما هو موجب للرد فيشترط له اثبات اليد المبطلة . وان الحد المذكور في تلك المادة انما هو للضرب الثاني . فباعتباره يتحقق الغصب في العقار اتفاقاً بين ائمتنا الثلاثة ، اذ لا خلاف بينهم في وجوب الرد ، بل وفي جميع ما عدا حكم الضمان من احكام الغصب .
نعم الخلاف بينهم في حكم الضمان لو هلك بآفة سماوية ، فالامامان اشترطا لتحقيق الغصب الموجب للضمان ان يكون المغصوب منقولا ، لانه يشترط لذلك ازالة اليد المحقة كما علمت ، وهذه الازالة لا تتحقق الا بنقل المغصوب من

مكانه الى مكان آخر . وهذا لا يمكن في العقار . وقال محمد ان استيلاء الغاصب على العقار المغصوب قائم مقام الازالة ، فيكون مضموناً بالهلاك .

وقولهما مشت عليه المتون ، وعليه الفتوى الا في عقار الوقف واليتيم والمعد للاستغلال ، فان الفتوى فيها على قول محمد بالضمان ، اي ضمان ذات العقار اذا هلك بآفة سماوية كسيل غالب وما اشبهه — كما ان الفتوى على ان الغاصب يضمن منافعها ، مع ان منافع الغصب في غير هذه الثلاثة غير مضمونة اتفاقاً . هذا ملخص ما في الدر وحواشيه .

اقول : وكون المعد للاستغلال مضموناً كعقار الوقف واليتيم ، نقله في رد المحتار عن حاشية الاشباه معزياً للكمال . لكن في النفس منه شيء ، وهو انه انما افتوا بقول محمد في عقار الوقف لقولهم انه يفتى بكل ما هو انفع للوقف ، والحقوا به عقار اليتيم لوجوب النظر اليها ، وليس المعد للاستغلال بهذه المثابة . ثم قالوا ان منافع المعد للاستغلال مضمونة ، لكن عللوا ذلك بأنه يحمل استعمال الغاصب لها على الاجارة اي انه استعملها ليدفع اجرتها للمالك او غلتها ، كما قدمناه في كتاب الاجارة . ولذا ذكر في الدر هنا انه يشترط علم المستعمل بكونه معداً حتى يجب الاجر ، وان لا يكون المستعمل مشهوراً بالغصب اه .

وفي رد المحتار عن الذخيرة ، قالوا : في المعد للاستغلال يجب الاجر اذا سكن على وجه الاجارة . عرف ذلك منه بطريق الدلالة . وذكر في مزارعتها ان في المعد للاستغلال تحمل على الاجارة ، الا اذا سكن بتأويل ملك اه .

وفي الاشباه : ادعى نازل الخان وداخل الحمام وساكن المعد للاستغلال الغصب ، لم يصدق . والاجر واجب . اه

فظهر ان العدول عن قولهما المفتى به الى قول محمد في ضمان ذات العقار المعد للاستغلال اذا هلك لا بفعل الغاصب ، لا وجه له يظهر . نعم اذا كان ما عزى للكمال منقولاً ، فليس لنا الا اتباعه ، فتأمل وراجع . وعلى قولهما مشت المجلة كما يظهر من المواد الآتية .

والاصح ان الامامين يوافقان محمداً بالضمان في مسئلتين غير الثلاث المذكورات الاولى : اذا باع الغاصب العقار وسلمه ، فانه يضمنه لكون البيع والتسليم استهلاكا

والثانية : اذا اودع عقاره من آخر ثم جحده المودع ، فانه يضمنه ايضاً لو هلك ، لانه ترك الحفظ الملتزم بالجحود .

وهناك مسئلة ثالثة ، ليست من باب الغصب ، يضمن فيها العقار ، وهي ما اذا شهدا على رجل بالعقار ثم رجعا بعد القضاء ، فانهما يضمنان .

وفيما عدا هذه الثلاثة والثلاثة قبلها ، فالعقار غير مضمون الا بالاستهلاك (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ٩٠٥ — ❋ المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه من دون ان يغيره و ينقصه . واذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن قيمته . مثلا لو هدم احد محلاً من الدار التي غصبها او انهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان يضمن مقدار النقصان . كذلك لو احترقت الدار من النار التي اوقدها الغاصب يضمن قيمتها مبنية ❋

عبارة البزازية : غير المنقول كالطاحونة والحانوت اذا انهدم عند الغاصب بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء ، لا ضمان عليه عندهما ولو تلف بسكناه او قطع اشجاره ، ضمن اجماعاً . وان هدمه آخر او قطع اشجاره ، فالمالك بالخيار يضمن ايهما شاء . ولو زرع فيها فالخارج له وضمن نقصانها اه .

وقد تقدم في المادة (٨٨٢) وشرحها تفسير قيمة الابنية والاشجار قائمة ، وتفسير نقصانها قائمة . وفي المادة (٨٨٦) وشرحها تفسير نقصان الارض اذا زرعت . وان المجلة اعتمدت قول نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده ، فالنقصان ما تفاوت بينهما .

ثم اذا زرع الغاصب الارض ودفع قيمة نقصانها للمالك ، هل يطيب له الباقي ؟ ذكر في رد المحتار معزياً للتبيين ان الغاصب يأخذ راس ماله ، وهو

البذر ، وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ، ويتصدق بالفضل عند الامام ومحمد . فلو غصب ارضا فزرعها كرّين فاخرجت ثمانية ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصانها قدر كر ، فانه يأخذ اربعة اكرار ويتصدق بالباقي . وقال ابو يوسف لا يتصدق بشيء . ولو ادى لمالكه حل له التناول لزوال الخبث ، ولا يصير حلالاً بتكرار العقود وتداول الألسنة (ذكره القهستاني اه)

المادة ٩٠٦ - ✻ ان كان المغصوب ارضاً وكان الغاصب انشأ عليها بناء او غرس فيها اشجاراً يؤمر الغاصب بقلعها . وان كان القلع مضراً بالارض فللمغصوب منه ان يعطي قيمة البناء او الغرس مستحق القلع ويتملكه . ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض وكان انشأ او غرس بزعم سبب شرعي ، كان حينئذ لصاحب الاشجار او البناء ان يعطي قيمة الارض ويتملكها . مثلا لو انشأ احد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها ✻

اعلم ان المتون قاطبة الا الدرر اطلقت القول بأن الغاصب يؤمر بالقلع وردّ الارض فارغة لمالكها . وقال في مجمع الأنهر انه ظاهر الرواية ، لقوله عليه الصلاة والسلام ✻ ليس لعرقٍ ظالمٍ حق ✻ اي لذي عرقٍ ظالم . وصف العرق بصفة صاحبه ، وهو الظلم مجازاً ، كما يقال صام نهاره وقام ليله اه وقيده في الدرر ، وكذا بعض الشراح كالزيلعي والدر المختار ومسكين على الكنز وغيرهم ، بما اذا كانت قيمة الارض اكثر من قيمة البناء والشجر . فلو كانت قيمتها اكثر من قيمة الارض ، فللغاصب ان يتملك الارض بقيمتها . قال في رد المحتار : وهذا قول الكرخي . قال في النهاية : وهو اوفق لمسائل الباب ، اي لمسئلة الدجاجة اذا

ابتلعت لؤلؤة لغير صاحبها ونحوها. لكن في العادية: ونحن نفتي بجواب الكتاب، اتباعاً لمشايخنا، فانهم كانوا لا يتركونه - اي من انه يؤمر بالقلع والرد الى المالك مطلقاً .

وفي الحامدية عن الانقروي انه لا يفتى بقول الكرخي (صرح به المولى ابو السعود المفتي) ونعم هذا الجواب، فان فيه سدّ باب الظلم .

ويمكن ان يفرق بين هذه وبين مسئلة اللؤلؤة ونحوها بانه في تلك امر اضطراري صدر بدون قصد معتبر . واما الغصب فهو فعل اختياريّ مقصود اهـ

وفي مجمع الانهر : وبه ،اي بقول الكرخي، يفتي بعض المتأخرين. لكن ظاهر الرواية ما ذكر في المتن،و به يفتي البعض في زماننا سدّاً لباب الظلم اهـ .

فظهر من هذا ان المجلة قد اخذت بظاهر الرواية الذي مشت عليه المتون في صورة يتحقق فيها ظلم الباني او الغارس، واخذت بقول الكرخي في صورة يكون الباني او الغارس غير ظالم بالبناء والغرس . ونعم هذا التفصيل، فان من بنى او غرس في ارض موروثة له عن ابيه مثلاً ليس بظالم، فاذا استحقت يفتى بقول الكرخي من التفصيل،تطبيقاً على قاعدة الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف. لكن لا يكتفي منه بمجرد دعواه وزعمه انه ورث ذلك عن ابيه، ما لم يظهر ويتحقق لدى القاضي انها كانت في بد ابيه وتركها ميراثاً ، والا فان بعض الظلمة قد يحتاج لارض جاره، وهو يعلم ان جاره لا يبيعها فيبني فيها بناء قيمته اكثر من قيمة الارض، فاذا عارضه الجار ادعى بأن الارض ملكه ارثاً له عن ابيه او نحو ذلك . فاذا اثبتها المغصوب منه يقول اني بنيت بزعم سبب شرعي، فانا اتملك الارض بقيمتها : وقد وقع مثل هذا من بعض الظلمة مع بعض الفقراء وشاهدناه،عامله الله بعدله . فمثل هذا لا ينبغي ان يعامل الا بظاهر الرواية من تكليفه القلع والرد للمالك، زجراً له ولامثاله .

❋ تنبيهات ❋

الأول : ان خلاف الكرخي المذكور انما هو فيما اذا كانت الارض ملكا اما اذا كانت وقفاً فيؤمر بالقلع والرد مطلقاً اتفاقاً، كما صرح به في مجمع الانهر ،

لان الارض لا يجوز تملكها ٠

قلت ويظهر لي ان مثل ارض الوقف، ارض اليتيم اذا لم يكن مضطراً لنفقة او وفاء دين ، لعدم صحة بيع عقاره حينئذ ، فتدبر ٠

الثاني : انما يكلف الباني قلع بنائه في الارض المغصوبة اذا كان البناء بغير تراب الارض ، والا فالبناء لرب الارض لانه لو امر بنقضه يصير ترابًا كما كان (كذا في رد المحتار عن الدر المنتقى)

اقول : يعني بأن كان البناء لبنًا محضًا اخذه من تراب الارض ٠ وانظر ما اذا امكن نقضه لبنًا على هيئته ، هل يتملكه الباني ويضمن قيمة التراب او نقصان الارض بأخذ التراب منها ؟ — الظاهر نعم ، لانه اخرج التراب عن اسمه بجعله لبنًا بالصنعة ، فانقطع عنه حق المالك ، ويحرر ٠

الثالث : ضرر القلع المبيح لصاحب الارض ، ان يتملك البناء او الشجر بقيمته مستحق القلع ، انما هو الضرر الفاحش اما لو كان الضرر يسيراً فيأخذ ارضه ويقلع الباني بناءه او شجره ويضمن نقصان الارض (كذا في رد المحتار عن السائحاني عن المقدسي)

اقول : ولا تنس ما مر في المادة (٩٠٠) من ان النقصان الفاحش ما كان مساوياً ربع القيمة فصاعداً ٠

الرابع : ان قيمة البناء او الشجر المستحق القلع هي اقل من قيمته مقلوعاً بمقدار اجرة قلعه فاذا كانت قيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم : يتملكه بتسعة (كذا في رد المحتار عن المنح)

الخامس : نقل في رد المحتار عن التتارخانية انه بناء على قول الكرخي اذا كانت قيمة البناء او الغرس مساوية لقيمة الارض تباع الارض مع البناء او الشجر عليها ويقتسمان الثمن اه — وقد علمت ان المجلة اخذت بقول الكرخي فيما اذا لم يكن الباني ظالماً وكانت قيمة البناء او الشجر اكثر من قيمة الارض ، وسكتت عما اذا كانت القيمة على السواء ٠ فهل يؤخذ بقول الكرخي من البيع عليها او بظاهر الرواية من الامر بالقلع والرد ؟ والظاهر الثاني ، لان هذه المادة افادت ان الاخذ بقول الكرخي مشروط بشرطين ، الاول ان تكون قيمة الاشجار او البناء

اكثر من قيمة الارض ، والثاني ان يكون بزعم سبب شرعي فاذا فقد احد الشرطين يتعين الأخذ بظاهر الرواية المذكور في صدر المادة ، فتدبر وافهم .

وهذه مسئلة الساحة بالحاء . واما مسئلة الساجة بالجيم ، وهي خشبة صلبة قوية تنبت في بلاد الهند تستعمل في ابواب الدور و بنائها واساسها . فلو غصبها انسان وادخلها في بنائه وبنى عليها ، فإن كانت قيمة البناء اكثر منها ، ينقطع عنها حق المالك و يتملكها الغاصب بقيمتها . وان كانت قيمتها اكثر ، فلا ينقطع حق المالك عنها بل له هدم البناء واخذها ، كما في الدر وحواشيه . وكذا الحكم لو غصب خشبة وادخلها في بنائه او اجرا فادخله في بنائه او جصاً فبنى به ، كما في الهندية .

المادة ٩٠٧ — ❊ لو غصب احد عرصة آخر وزرعها ثم استردها صاحبها يضمنه نقصان الارض الذي ترتب بزراعته . كذلك لو زرع احد مستقلاً العرصة التي يملكها مشتركاً مع آخر بلا اذنه فبعد اخذ حصته من العرصة يضمنه نقصان حصته من الارض الذي ترتب على زراعته ❊

هنا مسئلتان : الاولى ان يزرع انسان في ارض ليس له فيها حق بل هي لغيره . والثانية ان تكون الارض مشتركة بينه وبين غيره فيزرعها كلها . وقد ذكر في هذه المادة ان حكم المسئلتين واحد بعد رفع الزارع زرعه ورد الارض لصاحبها او لشريكه فيها وهو ان الزرع كله للزارع ويضمن لصاحب الارض او لشريكه فيها ما نقصته الارض بسبب الزرع ان حصل بها نقصان . وانما فصل بين المسئلتين بقوله : وكذا اشارة الى ان بينهما فرقاً فيما اذا كانت تلك الارض معدة للاجرة او للمزراعة ، كما سنذكره .

وعبارة الهندية في المسئلة الاولى : غصب من آخر ارضاً فزرعها ونبت ، فلصاحبها ان يأخذ الارض و يأمر الغاصب بقلع الزرع تفريغاً لملكه . فان ابى ان

يفعل فللمغصوب منه ان يفعله بنفسه ، فان لم يحضر المالك حتى ادرك الزرع، فالزرع للغاصب ، وهذا معروف ، وللمالك ان يرجع على الغاصب بنقصان الارض، ان انتقصت بسبب الزراعة ٠

ثم ان المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا في معرفة النقصان ٠ قال بعضهم : ينظر بكم توءجر قبل الزراعة و بكم توءجر بعدها ، فمقدار التفاوت نقصان الارض ٠ قال شمس الائمة : وهو اقرب للصواب ٠ وان حضر المالك والزرع لم ينبت بعد ، فان شاء صاحب الارض تركها حتى ينبت الزرع ثم يأمره بالقلع، وان شاء اعطاه قيمة بذره ، لكن مبذوراً في ارض غيره ، وهو ان تقوم الارض غير مبذورة ومبذورة، فيضمن فضل ما بينها (كذا في الذخيرة)اه

ثم نقل عن الظهيرية ان المختار انه يضمن قيمة بذره مبذوراً في ارض غيره، وهو ان تقوم الارض مبذورة ببذر له حق القلع اذا نبت ، وغير مبذورة ، ففضل ما بينهما قيمة بذر مبذوراً في ارض غيره اه ٠

ثم ان ما ذكر في هذه المادة من ان صاحب الأرض ليس له الا تضمين الغاصب نقصان الارض ان انتقصت، انما هو فيما اذا كانت الارض ملكاً ولم يجر عرف بأنها توءخذ مزارعة ولم يكن صاحبها اعدها للزراعة او الاجرة ٠ والا بأن كانت الأرض في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض الغير وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه ويدفع أرضه مزارعة ، فذلك على المزارعة ولصاحب الارض ان يطالب المزارع بحصة الدهقان على ما هو متعارف اهل القرية، النصف او الربع اوماشبه ذلك (كذا في رد المحتار عن الذخيرة)

قال : وهكذا ذكر في فتاوي النسفي ، وهو نظير الدار المعدة للاجارة اذا سكنها انسان ، فانها يحمل على الاجارة ٠ وكذا هاهنا اه٠

وفي تنقيح الحامدية : والحاصل انها ان كانت الارض ملكاً فان اعدها ربها للزراعة، اعتبر العرف في الحصة، والا فان اعدها للايجار فالخارج للزارع وعليه لصاحب الارض اجر المثل ، والا فعليه النقصان ان انتقصت ٠ وان كانت وقفاً ، فان ثمة عرف وكان انفع ، اعتبر ، والا فأجر المثل، لقولهم يفتى بما هو انفع للوقف وكذا لو كانت مال يتيم او سلطانية ، فاغتنم هذا التحرير المفرد الجامع بين

كلامهم المبدَّد اه ٠

قلت : وذكر في الباب الثالث والعشرين في زراعة الاراضي بغير عقد من مزارعة الهندية معزياً لفتاوى قاضيخان ، ما نصه لم وانما ينظر الى العادة اذا لم يعلم انه زرعها غصباً بأن اقر الزارع عند الزرع انه يزرعها لنفسه لاعلى المزارعة ، او كان الرجل ممن لا يأخذ الارض مزارعة و يأنف من ذلك ، يكون غاصباً ويكون الخارج له وعليه نقصان الارض ٠ وكذا لو اقر بعدما زرع وقال زرعتها غصباً ، كان القول قوله لانه ينكر استحقاق شيء من الخارج لغيره اه ٠

قال في تنقيح الحامدية ، بعد نقل نظير هذا عن البزازية والذخيرة ، ما نصه: لكن المشهور ، وهو المفتى به ٠ ان منافع الغصب غير مضمونة الا في الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال – الا اذا سكن المعد للاستغلال بتأويل عقد او ملك

وفي الاشباه ، ادعى نازل الخان وداخل الحمام وساكن المعد للاستغلال الغصب ، لم يصدق ، والاجر واجب ٠ قلت : وكذا مال اليتيم على المفتى به فتنبه اه ٠

وفي تنقيح الحامدية ، سئل في ارض معلومة معدة للاستغلال جارية في ملك هند فوضع زيد يده عليها واستغلها واستوفى منفعتها مدة بلا اجارة ولا اجرة ، قامت هند تطالبه باجرة مثلها عن المدة المزبورة ، فهل لها ذلك ؟ – الجواب : نعم ٠ ولو سكن داراً معدة للغلة او زرع ارضاً معدة للاستغلال من غير استئجار ، يجب الاجر (جامع الفتاوي من الاجارة) وانظر ما كتبناه في شرح المادة (٥٩٦)

وهذا كله فيما اذا لم يكن للغاصب حصة كربع او نصف في الارض المغصوبة ٠ فلو كان شريكاً فيها وقد زرعها كلها بدون اذن الشريك ، فلا يجب عليه شيء من اجرة مثل او حصته من الزرع ، وان كانت معدة للاستغلال او المزارعة وجرى العرف بين اهل تلك القرية ، كما سيأتي التصريح به في المادة ١٠٧٦ ، لانه حينئذ قد استعملها بتأويل ملك ٠ نعم ارض الوقف او اليتيم لا فرق فيها بين ان يكون الغاصب شريكاً فيها اولا ، كما تقدم في شرح المادة (٥٩٦)

وفي رد المحتار عن المجتبى :ولو زرعها احد الشريكين بغير اذن صاحبه فدفع اليه صاحبه نصف البذر ليكون الزرع بينهما قبل النبات ، لم يجز ، وبعده يجوز ٠وان

اراد قلع الزرع من نصيبه يقاسمه الارض فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الارض بالقلع اه

وفي الهندية معزياً للظهيرية : وعن محمد رحمه الله تعالى في رجلين بينهما ارض غاب احدهما ، فللشريك ان يزرع نصف الارض . ولو اراد في العام الثاني ان يزرع زرع النصف الذي كان زرع كذا ذكر هنا ، والفتوى على انه ان علم ان الزرع ينفع الارض ولا ينقصها فله ان يزرع كلها . واذا حضر الغائب فله ان ينتفع بكل الارض مثل تلك المدة ، لان رضي الغايب في مثل هذا ثابت دلالة . وان علم ان الزرع ينقصها او الترك ينفعها ويزيدها قوة ، فليس للحاضر ان يزرع فيها شيئاً ، لان الرضى غير ثابت اه .

المادة ٩٠٨ - ﴿ اذا كرب احد ارض آخر غصباً ثم استردها صاحبها فليس للغاصب مطالبة اجرة في مقابلة الكراب ﴾

كما لو فتل اهداب الثوب او ازال اوساخه بالاشنان والصابون لان هذا ليس بزيادة عين مال في المغصوب ، وانما هو تغيير صفة اجزائه .

وفي اجارة الوقف من الخانية : رجل غصب ارضاً موقوفة وزاد في الارض من عنده ، ان لم تكن الزيادة مالا متقوماً بأن كرب الارض او حفر النهر او القى فيها السرقين واختلط ذلك في التراب وصار بمنزلة المستهلك ، فان القيم يسترد الارض من الغاصب بغير شيء اه ومثله في الهندية من الباب التاسع من كتاب الوقف

المادة ٩٠٩ = ﴿ لو شغل احد عرصة آخر بوضع كناسة او غيرها فيها يجبر على رفع ما وضعه وتخلية العرصة ﴾

لان الوضع المذكور ان كان باذن صاحب العرصة ، كان اعارة وللمعير ان

يرجع متى شاء كما تقدم . وان كان بلا اذنه فهو تصرف في ملك الغير بلا اذنه ، وهو غير جائز فيجبر على تفريغه ·

وفي الهندية : دابة رجل دخلت في دار غيرها فاخراجها على صاحب الدابة لانها ملكه شغلت دار غيره · وكذلك طائر الرجل مات في بئر غيره ، فاخراج الطير على صاحب الطير ولبس عليه نزح الماء · وفيه مخالفة لما ذكره قبل ذلك بقوله «ماتت دابة في دار رجل آخر ، ان كان لجلدها قيمة يخرجها المالك ، والا يخرجها صاحب الدار» فتأمل ·

= الفصل الثالث =

« في حكم غاصب الغاصب »

المادة ٩١٠ — * غاصب الغاصب في حكم نفس الغاصب · فاذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر واتلفه او تلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمن الغاصب الثاني · وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني · و بتقدير تضمينه الغاصب الاول فهو يرجع على الثاني واما اذا ضمن الثاني فليس للثاني ان يرجع على الأول *

مثل غاصب الغاصب مودعه ومرتهنه والمشتري والمستأجر والمستعير والمتهب منه والمتصدق عليه منه فان المالك مخير بين ان يضمن الغاصب او احد هؤلاء · لكن ان ضمن المتهب من الغاصب او المتصدق عليه او المستعير منه ، لا يرجعون بما ضمنوا على الغاصب لانهم كانوا عاملين في القبض لانفسهم ، بخلاف المرتهن والمستأجر والمودع فانهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب لانهم عملوا له · والمشتري

اذا ضمن قيمته يرجع بالثمن على الغاصب البائع لأن رد القيمة كرد العين (ردالمحتار عن البزازية)

وكون المغصوب منه مخيراً بين تضمين الغاصب او غاصب الغاصب ، يستثنى منه ثلاث مسائل : الاولى ذكرها في التنوير اول الغصب ، حيث قال : المغصوب منه مخير بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب ، الا اذا كان في الوقف المغصوب بأن غصبه وقيمته اكثر وكان الثاني املأ من الاول ، فان الضمان على الثاني اه اي لانه انفع للوقف ، لانه اذا كانت قيمته الفاً حين غصب الاول ثم غصبه الثاني من الاول بعد ما صارت قيمته الفين ، فالناظر يضمنه القيمة الفين . ولو ضمن الاول لضمنه قيمته حين الغصب ، وهي الف ، مع كون الثاني املأ من الاول ، فيتعين على الناظر تضمين الثاني لان فعله منوط بما فيه منفعة الوقف . نعم لو كان الاول املأ من الثاني ، فالناظر مخير لتعارض المصلحتين ، ومتى ضمن احدهما حينئذ برأ الآخر ، كالمالك اذا اختار تضمين الغاصب الاول او الثاني برأ الآخر (صرح به في وقف الخانية آخر اجارة الاوقاف منها)

والمسئلة الثانية والثالثة ما في جامع الفصولين ، على ما نقله في رد المحتار : هشم ابريق فضة لاحد ثم هشمه الآخر ، بريء الاول من الضمان وضمن الثاني مثلها . وكذا لو صب ماء على بر ثم صب عليه الآخر ماء وزاد في نقصانه ، برأ الاول وضمن الثاني قيمته يوم صب الثاني ، اذ لا يمكن للمالك رد البر والابريق الى الحالة التي فعل الاول ليضمنه المثل او القيمة اه .

قال في رد المحتار بعد نقله ، تأمل هذا اه اقول : قوله « ليضمنه المثل » اي في المسئلة الاولى . وفيه انه لو امكن رد الابريق الى حالته التي كانت قبل الهشم الثاني لكان المغصوب منه مخيراً بين امساكه ولا شيء له و بين تضمين الاول قيمته مصوغاً من خلاف جنسه ، كما قدمناه في شرح المادة (٩٠٠) عن الهندية معزياً للمبسوط ، لا انه يضمنه المثل . والظاهر ان العلامة ابن عابدين اشارة الى هذا امر بالتأمل في هذا . نعم في المسئلة الثانية لو امكن ردّ الحنطة الى حالتها التي كانت قبل صب الماء عليها ثانياً ، لضمن القيمة كما قال دون المثل ، لأن الغصب انما تحقق بالاتلاف لا قبله ، والحنطة عند الاتلاف لم تبق مثلية بل قيمية ،

كما قدمناه في شرح المادة ٨٩١ معزياً للدر وحواشيه ،

ثم اعلم ان المالك وان كان له الخيار في تضمين اي شاء من الغاصب او غاصب الغاصب ، لكن متى اختار تضمين احدهما لم يملك تركه وتضمين الآخر . وقيل يملك كما في الدر عن العمادية .

وفي الهندية عن المحيط : لو اختار تضمين احدهما ليس له تضمين الآخر عندهما . وقال ابو يوسف له ذلك ما لم يقبض الضمان منه اه .

وظاهره انه بعد القبض لا يملك تضمين الثاني بلا خلاف . وفي رد المحتار : وشمل تضمين احدهما البعض فليس له بعد ان ضمن احدهما البعض ، ان يضمن ذلك البعض للآخر ، بخلاف الباقي اه .

وفي البزازية : اختيار تضمين الغاصب او غاصب الغاصب بالفعل ، ابراء للآخر عن الضمان . وان ضمن احدهما نصف القيمة او الثلث له ان يضمن الآخر الباقي ، لان تضمين الكل تمليك للكل من الضامن ، فلا يملك التمليك من الآخر بعد ذلك . وتضمين البعض تمليك البعض فيملك تمليك الباقي بعد ذلك من الآخر اه .

ثم ان اختيار تضمين احدهما انما يتحقق بأحد امرين : اما برضى من اختار تضمينه منهما ، او بحكم الحاكم عليه بالقيمة . والا فله تضمين الاخر اتفاقاً . ففي البزازية ايضاً . اختار المالك تضمين الغاصب الاول ورضي به الغاصب او لم يرض لكن الحاكم حكم له بالقيمة على الاول ، فليس له ان يرجع ويضمن الثاني . وان لم يرض به الاول ولم يحكم به ، كان له ان يرجع ويضمن الثاني . وان اختار الاول ولم يعطه شيئاً وهو مفلس ، فالحاكم يأمر الاول بقبض ماله على الثاني ويعطيه له . فان ابى فالمالك يحضرهما ثم يقبل منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب الاول ويأخذ ذلك من الثاني فيقبضه اه ومثله في الهندية عن المحيط .

والحاصل انه لو اختار المالك تضمين احدهما ولم يرض هذا بذلك ولم يحكم الحاكم عليه بالقيمة ، فله الرجوع وتضمين الآخر . والظاهر ان هذا لا خلاف فيه ، وانه لو اختار وقبض منه الضمان فليس له الرجوع بلا خلاف ، وانه لو اختار فرضي من اختاره او لم يرض لكن حكم الحاكم عليه بالقيمة ، ليس له الرجوع ايضاً ، خلافاً لأبي يوسف الذي عبّر عنه في العمادية بصيغة التمريض . واقتصار كثير من

الفقهاء على قولهما يشعر بتصحيحه . وبهذا تعلم ما في عبارة الشارح سليم باز هنا فافهم .

فروع

استعار المغصوب بعد موت مالكه وارثه وهلك عنده ، برأ الغاصب عن الضمان .

القاضي اذا علم ان الطالب غاصب ، لا يجبره على اعطاء القيمة . ولكن يضعه عند عدل حتى يحضر المالك فيختار ضمان ايهما شاء (بزازية)

قال في الجامع الكبير : رجل غصب من آخر جارية قيمتها الف درهم فغصبها من الغاصب رجل آخر ، وقيمتها يوم الغصب الثاني ايضاً الف درهم ، فأبقت من الغاصب الثاني ، فللاول ان يضمن الثاني قيمتها وان لم يضمن المالك الاول . فاذا اخذ الغاصب الاول القيمة برأ الثاني عن الضمان ، وتكون القيمة المأخوذة من الثاني مضمونة على الغاصب الأول ، حتى لو هلكت في يد الغاصب الأول كان للمغصوب منه ان يضمنه قيمتها بالغصب . فاذا حضر المالك كان له الخيار : ان شاء اخذ من الغاصب الاول القيمة التي اخذها من الغاصب الثاني وتصير الجارية مملوكة للغاصب الثاني من جهة المالك ، وان شاء ضمن الاول قيمتها ابتداء بالغصب وتصير الجارية مملوكة للغاصب الاول من جهة المالك ثم تصير للغاصب الثاني من جهة الغاصب الاول . فان كانت قيمة الجارية يوم الغصب الاول الف درهم ويوم الغصب الثاني الفي درهم ثم ابقت من يد الثاني واخذ الاول من الثاني الفي درهم وهلكت في يد الاول ، لم يكن للمالك ان يضمن الاول الفي درهم ، وانما يضمن قيمتها يوم الغصب الف درهم . ولو ان المولى حضر ، والقيمة في يد الغاصب الاول قائمة على حالها وقد ظهرت الجارية ، فالمالك بالخيار : ان شاء اخذ جاريته حيثما وجدت وان شاء اخذ القيمة التي اخذها الغاصب الاول من الثاني ، وان شاء ضمن الغاصب الاول قيمتها يوم الغصب . فان اختار المولى اخذ الجارية ، رجع الغاصب الثاني على الغاصب الاول بالقيمة التي دفعها . فان كانت القيمة هلكت في يد الاول ، ضمن الغاصب الاول ذلك للغاصب الثاني . وان اخذ المولى من الغاصب الاول القيمة التي

اخذها من الغاصب الثاني، سلمت الجارية للغاصب الثاني . وان ضمن المولى الغاصب الاول قيمة الجارية يوم الغصب الاول، سلمت القيمة التي اخذها الغاصب الاول، الا انه يتصدق بأحد الالفين وهو الفضل على القيمة التي اداها الى المالك . وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . واما على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى فلا يتصدق بشيء، بل يطيب له (كذا في الهندية عن المحيط)

المادة ٩١١ — ﴿ اذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول يبرأ وحده ﴾

عبارة جامع الفصولين هكذا : اذا ردّ المغصوب على الغاصب الاول برأ . ولو هلك في يده فادّى القيمة الى الغاصب، برأ ايضاً، فليس للمالك ان يضمن الثاني لقيام القيمة مقام العين .

وهذا لو كان قبض الاول قيمته معروفاً ببينة او بتصديق المالك سواء قبض بحكم او بدونه . واما لو اقر الغاصب بذلك صدق، في حق نفسه لا في حق المالك، والمالك مخير يضمن ايهما شاء اه .

قال محشيه الرملي : اقول : والظاهر ان الحكم في رد عين المغصوب كذلك . فلو اقر الغاصب بقبضه منه وانكره المالك، لا يصدق في حق المالك، لانه بغصبه دخل في ضمانه، وبدعوى الرد يريد دفع الضمان عنه، فلا يصدق في حق نفسه، فتأمل وراجع المنقول اه .

قال في رد المحتار : ونقلها الطحطاوي عن الحموي عن العمادي اه .

اقول : وقوله «فلا يصدق في حق نفسه» لعل صوابه الا في حق نفسه كما لا يخفى . ومعنى انه يصدق في حق نفسه انه لو اختار المالك تضمين الثاني يرجع على الاول بما اقر بقبضه . وكذا اذا اختار تضمين الاول واراد الاول الرجوع على الثاني، ليس له ذلك، مؤاخذة له باقراره . ولولا اقراره لرجع (افاده في رد المحتار)

﴿ فرع ﴾

اخذه من الغاصب ليرده الى المالك فلم يجده ، فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده الى الغاصب الاول (رد المحتار عن المندبة) وان كان المغصوب كيلياً او وزنياً فاستهلكه الثاني فاخذ الاول قيمته دراهم او دنانير ، لا يبرأ الثاني لانه بيع وليس له الا قبض عينه او مثله (انقروي عن القنية)

﴿ الباب الثاني ﴾

﴿ في بيان الاتلاف ويحتوي على اربعة فصول ﴾

- الفصل الاول -

- في مباشرة الأتلاف -

المادة ٩١٢ — ﴿ اذا اتلف احد مال غيره الذي في يده او في يد امينه قصداً او من غير قصد يضمن . اما اذا اتلف المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب احد غيره فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف . وبهذه الصورة ليس للمتلف الرجوع على الغاصب ﴾

يعني ان المباشر للأتلاف يضمن وان كان غير متعمد الاتلاف ، لما تقدم في المادة (٩٢) من ان (المباشر ضامن وان لم يتعمد) حتى اذا رمى طيراً بسهم او رصاص فاصاب دابة رجل ، يضمن قيمتها ، كما في الدرر وغيره — وهذا بخلاف المتسبب ، فانه لا يضمن الا بالتعمد كما مر في المادة (٩٣) وسيأتي هذا الحكم في المادة (٩٢٢)

وما بعدها .

وهذا كله اذا لم يجز المالك فعل المتلف . فان اجازه ثم اراد التضمين هل يملك ذلك؟ ففي التنوير من باب الغصب ما نصه: الاجازة لا تلحق الاتلاف، فلو اتلف مال غيره تعدياً فقال المالك اجزت او رضيت، لم يبرأ من الضمان اه ونقله في شرحه المنح عن البزازية .

لكن في شتى الوصايا من التنوير ايضاً : الاجازة تلحق الافعال على الصحيح . فلو غصب عينا لانسان فاجاز المالك غصبه ، صح ، فيبرأ الغاصب عن الضمان اه .

وفي اخر الرابع والعشرين من الفصولين : الاجازة لا تلحق الافعال عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وتلحقها عند محمد رحمه الله تعالى . فلو بعث دينه بيد رجل الى الدائن فجاء الرجل الى الطالب واخبره ورضي به وقال لمن جاء به اشتر لي به شيئاً ثم هلك ، قيل يهلك من مال المديون ، وقيل يهلك من مال الطالب ، وهو الصحيح ، اذ الرضى بقبضه في الانتهاء كالاذن بقبضه في الابتداء . وهذا التعليل اشارة الى ان الاجازة تلحق الافعال ، وهو الصحيح اه .

وفي الثالث والثلاثين منه ان الاجازة تلحق الافعال (ذكره في الذخيرة من غير خلاف وهو الصحيح) اه .

قال في المنح ، بعد نقل مثله عن العمادية : وعليه فتلحق الاجازة الاتلاف ، لانه من جملة الافعال اه اي فيكون ما ذكره في كتاب الغصب تبعاً للبزازية من ان الاجازة لا تلحق الاتلاف خلاف الصحيح . وكذا ما نقله البيري عن البزازية ، كما في رد المحتار حيث قال : اتخذ احد الورثة ضيافة من التركة حال غيبة الاخرين ثم قدموا واجازوا ثم ارادوا تضمينه ، لهم ذلك ، لان الاتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الاجازة اه .

نعم في رد المحتار عن الشيخ صالح ابن صاحب التنوير : الا ان يقال المراد بالافعال ، يعني التي تلحقها الاجازة على الصحيح ، غير الاتلاف ، عملا بنقول المشايخ كلهم اه .

قال الحموي : يعني ان الافعال منها ما يكون اعداماً ومنها ما يكون ايجاداً ، فيحمل قول المشايخ على الفعل الذي لا يكون اعداماً اه (ابو السعود على الاشباه)

تنبيه

جاء عند (الفصل الاول في مباشرة الاتلاف) في شرح المادة ٩١٢
نقول متعددة عند شرحها يتوهم منها ان في اختلاف تلك الاقوال التي نقلها
العلامة الشارح تعارضاً والحقيقة لا تعارض وجميع تلك الفروع هي الصواب
الموافقة لقواعد المذهب لكن نقلها ولم يوفق بينها فنسوق لك بيان صحة
الاقوال وعدم لزوم التعارض بين تلك المسائل المنقولة فنقول

ينبغي ان يُعلم اولا ان الفعل اذا كان مفضياً الى الشيء لا موثراً به وكان
التأثير لعلة متوسطة بينهما يقال لذلك الفعل سبب . ولذلك الشيء اي
الحكم مسبب . ولصاحب الفعل متسبب . ثم ان العلة المتوسطة بين
السبب والمسبب ينظر فيها . ان كانت مما لا يصح اسناد المعلول اليها
يسند حينئذ الى السبب ويقال لهذا السبب عند الاصوليين سبب بمعنى العلة .
ثم لاجل الضمان او عدمه ينظر . ان كان وقوع ذلك السبب اي الفعل
من صاحبه بحق لا يضمن ما ترتب عليه من التلف . والا يضمن . مثلا
لو حفر بئراً في ارض هي ملكه وتلفت فيه دابة لغيره لا يضمن . لان
الحفر ليس هو العلة الموثرة للهلاك بل هو سبب افضى الى سقوط الدابة .
والعلة المتوسطة بين فعله وتلفها هو ثقلها لكن لما كان حفره بحق لانه
تصرف في ملكه لا يضمن . فلو كان الحفر في غير ملكه او في
الطريق العام يضمن لانه اوجد السبب المفضي بغير حق . راجع شرح المواد
٩١ و ٩٢ و ٩٣ من قواعد المجلة تجد ما يغني عن اطالة الكلام هنا .
والحاصل ان الاتلاف بالتسبب يشترط فيه للضمان ان تكون العلة المتوسطة
بين السبب والمعلول مما لا يصح اضافة المعلول اليها . وان يكون السبب
بغير حق . خرج بالاول ما يصح اضافة المعلول اليها فلا يضمن الحافر
حينئذ . كما لو حفر في ملك غيره فجاء شخص واوقع دابة لغيره فيها
لا يضمن الحافر بل الموقع لتخلل العلة بين الحفر وتلف الدابة وهو الايقاع

مباشرة بين الحفر وتلف الدابة وهـو الايقاع الصادر من ذلك الانسان وتصح اضافة الايقاع اليه .

وهذا بخلاف الاتلاف مباشرة وهو ما اشارت اليه المادة ٩١٢ . فان المباشرة حصول التلف بفعله فكان هو صاحب العلة . ولهذا يضمن مطلقا . تعمد ام لم يتعمد . والمتسبب ليس كذلك

وههنا بحث اطيل فيه الكلام لانه ينفعك في كثير من المسائل اذا وقفت على غوامضه . وتعلم ان كثيرا من الفقهاء زلت اقـلامهم فيه بسبب ما ترآى. لهم من تناقض في مسائل فروعية والحال لا تناقض فيها . وهو ان الاتلاف بعد وقوعه هـل تلحقه الاجازة اي يصح الحاقهـا بان يكون لها تأثير في رفع الضمان عن المتلف ام لا . كأن يتلف شخص مـال غيره بان يحرقـه مثلا او يلقيه في البحر . فيقول المالك اجزت الاتلاف او رضيت هل تصح هذه الاجازة فيبرأ المتلف من الضمان ويكون بمنزلة قوله ابرأتك . اضطربت في ذلك اقوال المشايخ . سببت اضطرابهم ما ترآى. لهم من تلك المسائل لبستُدل ببعضها على كون الاجازة من المالك لا تلحق الضمان اي لا تصح فلا يرتفع الضمان ، واستُدِلَّ ببعضها عـلى صحة الاجازة فيرتفع الضمان دليل الاول ما في التنوير اواخر الغصب قبيل فصل غيب ما غصبه قال (الاجازة لا تلحق الاتلاف فلو اتلف مال غيره تعديا فقال المالك اجزت او رضيت لم يبرأْ من الضمان) وهو كلام حـق وقد غلط من انتقد عليه بان كلامه هذا ينافي كلامه في آخر كتابـه من مسائل شتى وهو قـوله (الاجازة تلحق الافعال فلو غصب عينا لانسان فاجاز المالك غصبه) - والعبارة الصحيحة كما في رد المحتار قبضه - (صحت الاجازة فيبرأْ الناصب من الضمان) . وبين وجـه انتقاده بان الاتلاف في عبارته الاولى من جملة الافعال فيكون في كلاميه تناف . اقول والحق لا تنافي بينهما وكلاهما صواب كما سيأتيك بيانه ودليل الاول ايضا مافي رد المحتار عن حاشية الاشباه للبيري معزيا للبزازية اتخذ احد الورثة ضيافة من التركة حال غيبة الاخرين ثم قدموا واجازوا ثم ارادوا

تضمينه لهم ذلك لان الاتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الاجازة اه) .

واما تمسك القائل بان الاجازة بعد وقوع الاتلاف تصح فلا يضمن فمن ثلاث مسائل . الاولى عبارة صاحب التنوير الاخيرة في مسائل شتى المار ذكرها وهي (الاجازة تلحق الافعال فلو غصب عينا لانسان فاجاز المالك قبضه صح فيبرأ الغاصب من الضمان) بناء على ما توهمه ان الاتلاف الخ فعل من جملة الافعال فبالاجازة يسقط الضمان . المسئلة الثانية ما في الفصل ٢٤ من الفصولين ولو اودع مال الغير فاجاز المالك برئ عن الضمان وفيه [الاجازة في العقود تلحق الموقوف لا المفسوخ والاجازة لا تلحق الافعال عند ابي حنيفة وتلحقها عند محمد محمد كعقود . حتى ان الغاصب لو رد المغصوب على اجنبي فاجاز المالك برئ الغاصب عند محمد لا عند ابي حنيفة . .ولو بعث دينه بيد رجل الى الدائن فجاء رجل الى الطالب واخبره به ورضي به وقال لمن جاء به اشتر لي به شيئا ثم هلك قيل يهلك من مال المديون وقيل يهلك من مال الطالب وهو الصحيح اذا ارضا بقبضه في الانتهاء كاذنه بقبضه في الابتداء . وهذا التعليل اشارة الى ان الاجازة تلحق الافعال وهو الصحيح] المسئلة الثالثة . ما في البزازية (افسد الخياط الثوب فاخذه صاحبه ولبسه عالما بالفساد ليس له التضمين) اي مع ان اللبس مع العلم بالافساد اجازه وليس له التضمين لانها تلحق الاتلاف . فمن عبارتي صاحب التنوير وغيره وخفاء دقائق تلك المسائل المتخالفة في سقوط الضمان وعدمه . ولعدم التفريق بين المعنى المراد من الاتلاف في قولهم الاجازة لا تلحق الاتلاف ، والمعنى المراد من الافعال في قولهم (الاجازة تلحق الافعال) نشأ الاختلاف المار ذكره . والا فلو حمل الاتلاف على الاعدام من كل وجه كما هو مراد المشايخ هنا في مثل مسئلة البزازية في اتخاذ احد الورثة ضيافة من التركة لان اكل الطعام اعدام له كالاحراق والالقاء في البحر لم يشتبه عليه مسئلة البزازية فيما لو افسد الخياط الثوب فاخذه صاحبه ولبسه الخ . حيث سقط الضمان لصحة التحاق الاجازة من كونه ليس اعداما من كل وجه . بل نزلوه في كتابي الغصب والاجازة منزلة

الاعدام الحقيقي بحيث يسوغ لصاحب الثوب تركــه للغاصب او الاجير وتضمين قيمته يدل على ذلك قوله (فاخذه صاحبه ولبسه) والا فالمعدوم لايتاتى عليه الاخذ واللبس • ومثله المسئلتان المتقدمتان في عبارة الفصولين المارة وهما (لو اودع مال الغير فاجاز المالك برىء عن الضمان) وقــوله (حتى ان الغاصب لو رد المغصوب على اجنبي فاجاز المالك بريء الغاصب عند محمد لا عند ابي حنيفة) فلو كانت هذه المسائل اعداما من كل وجه ما وقع فيها خلاف بل الخلاف فيها لكونها افعالا ايجادية وقع الخلاف فيها بين الامام ابي حنيفة ومحمد •

بقي الكلام على مسئلة • وهي المذكورة في عبارة الفصولين المتقدمة اعني قوله (ولو بعث دينه بيد رجل الى الدائن فجاء الرجل الى الطالب اي الدائن واخبره به ورضي به وقال لمن جاء به اشتر لي به شيئا ثم هلك قيل يهلك من مال المديون • وقيل يهلك من مال الطالب وهــو الصحيح • اذ الرضا بقبضه في الانتهاء كأذن بقبضه في الانتهاء • وهذا التعليل اشارة الى ان الاجازة تلحق الافعال وهو الصحيح) اه كلامه

اقول يفهم من قوله (قيل) (وقيل) انه لا نص فيها عن ائمة المذهب • بل هي من تخريج المشايخ قال والصحيح انه في هذه الصورة يهلك من مال الدائن بلا خلاف بمقتضى قواعد المذهب ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة لانه اي الدائن في اجازته اللاحقة يكون كأنه اذن للرجل ان يقبض له مثل دينه عن ذمة المديون • تلخص من هذا ان انواع الاجازة ثلاثة • نوع في الاتلاف من كل وجه فهذا لا تلحقه الاجازة بالاتفاق • ونوع فيما يكون من الافعال الايجادية لا الاعدامية كالمسائل المتقدمة فهذا النوع فيه الخلاف بين الامامين ابي حنيفة ومحمد • ونوع يتضمن معنى العقد • وهذا تلحقه الاجازة بالاتفاق • واليه يشير قول الفصولين المـــار (الاجازة في العقود تلحق الموقوف لا المفسوخ)

***

اه ما في رد المحتار ٠

لكن يعارض هذا الحمل والتوفيق ما ذكره بعد ذلك بقوله : اقول : ذكر في البزازية : افسد الخياط الثوب فأخذه صاحبه ولبسه عالماً بالفساد ، ليس له التضمين اه قال في التتارخانية : وبعلم من هذه المسألة كثير من المسائل اه فتأمل فان افساد الخياط الثوب اتلاف ،وقد لحقته الاجازة كما ترى ٠

ورأيت في الرابع عشر في المتفرقات من غصب الهندية : اذا باع الغاصب من رجل واجاز المالك بيعه صحت الاجازة اذا استجمعت شرايطها، وهي قيام البايع والمشتري والمعقود عليه٠ثم قال :فان كان لا يعلم قيام المبيع وقت الاجازة بأن كان قد ابق من يد المشتري، ذكر في ظاهر الرواية ان الاجازة صحيحة فان كان الغاصب قد قبض الثمن وهلك في يده ثم اجاز المالك البيع ، هلك الثمن على ملك المغصوب منه اعتباراً للاجازة في الانتهاء بالاذن في الابتداء ٠ (كذا في المحيط) وقد صرحوا بأن بيع الغاصب المغصوب وتسليمه للمشتري استهلاك، وقد لحقته الاجازة اه ٠ وبهذا تعلم ما في كلام الشارح سليم باز هنا ٠

المادة ٩١٣ — ﴿ اذا زلق احد وسقط على مال آخر واتلفه يضمن ﴾

لانه قد باشر الاتلاف فيضمن وان لم يتعمد الاتلاف ، كما مر ٠

وفي جامع الفصولين : ولو حمل حملاً في الطريق فوقع على شيء فأتلفه ،ضمن، لانه اثر فعله ٠ ولو عثر احد بالحمل ، ضمن ايضاً ، لانه هو الواضع فلم ينقطع اثر فعله ٠ولو اصابت العجلة صبياً فكسرت رجله وصاحبها راكب عليها وقال كنت نايماً ، فعليه ارش الكسر ٠ ولو وضع البياع خابية من السقراط على الشارع ورجع الفوادق بالعجلة الى السكة فانكسرت تلك الخابية وكانت في غير جانبه فلم يرها ، ضمن ٠ ولو وضع خابية على باب دكانه فجاء رجل بوقر شوك فصادمها بغتة وهو يقول كوست كوست ، يعني اليك ، فكسرها قيل ضمن مطلقاً ، وقيل ضمن لو علم ذلك ، والا فلا يضمن اه ٠

وفي الهندية عن الذخيرة ، امر غيره ان يذبح له هذه الشاة وكانت لجاره ضمن الذابح علم اولا . لكن ان علم لا يكون له حق الرجوع على الآمر ، والا رجع اه .

المادة ٩١٤ - ﴿ لو اتلف احد مال غيره على زعمه انه ماله يضمن ﴾

لان هذا حق العبد فلا يتوقف على عمله وقصده ، كما في مجمع الانهر نعم لا يتعلق به اثم ، كما تقدم في شرح المادة (٨٨٧)

المادة ٩١٥ - ﴿ لو سحب احد ثياب غيره وشقها يضمن تمام قيمتها . اما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها يضمن نصف القيمة . كذلك لو جلس احد على اذيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت يضمن ذلك نصف القيمة ﴾

قال في جامع الفصولين : تشبث بثوب فجذبه من يد مالكه فتخرق ، ضمن جميع قيمته . ولو جذبه مالكه من يد المتشبث ، ضمن نصف القيمة اه .

وفيه : عض يد آخر فنزع يده من فم العاض فكسر سن العاض وجرح يده ، هدر السن ، لانه مضطر في نزع يده ، وارش يده على العاض لانه جان .

وروي ان رجلا نزع يده من فم العاض فانتزعت ثنيته فابطلها النبي صلى الله عليه وسلم - وهذا بخلاف ثوب رفعه فأخذه مالكه فتجاذبا فتخرق ، ضمن نصف قيمة الثوب ، اذ لا صبر له على العض فاضطر في النزع . وهنا يمكن الصبر الى الرفع الى القاضي ، فلا ضرورة ، فحصل الخرق بفعلهما بلا ضرورة ، فتنصفت القيمة اه .

وفي الخانية : ولوجلس رجل على ثوب رجل وصاحب الثوب لا يعلم به فقام صاحب الثوب فانشق الثوب من جلوس الجالس ، كان على الجالس نصف ضمان الشق . وعن محمد في رواية يضمن نقصان الشق ، والاعتماد على ظاهر الرواية اه

ومقتضى التقييد بكون صاحب الثوب لا يعلم بجلوس الجالس عليه ، انه لو كان عالماً به فلا ضمان على الجالس ، وهو الظاهر ، ويحرر .

اقول : تقدم في المادة (٩٠٠) ان النقصان الحاصل بشق الثياب ان كان اقل من ربع القيمة ، فعلى الجاني ضمان النقصان فقط . وان اكثر ، فالمغصوب منه بالخيار ، ان شاء ضمنه نقصان القيمة ، وان شاء تركه للغاصب واخذ منه تمام القيمة . وعليه فالمراد من الشق هنا اتلاف الثياب بالمرة او ان النقصان الحاصل بالشق فاحش ، وقد اختار المالك ترك الثياب وتضمين تمام القيمة . والظاهر انه في صورة تضمين الساحب نصف القيمة حيث كان الاتلاف بفعلهما ، ان الثوب المتروك يصير مشتركا بينه و بين صاحبه . تأمل وراجع لتظفر بالنقل .

المادة ٩١٦ — ❋ اذا اتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه ❋

لان الصغير وان كان محجوراً عليه لذاته ، الا ان الحجر عليه في اقواله لا في افعاله . فهو مؤاخذ بافعاله فيضمن ما اتلفه من المال . حتى ان طفلا يوم ولد لو انقلب على مال انسان فاتلفه ، يلزم الضمان . وكذا المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان ، يلزمه الضمان ، لان الافعال لا تتوقف على القصد الصحيح (كذا في حجر رد المحتار)

قال في كتاب احكام الصغار للاستروشني : صبي بال على السطح فخرج البول من الميزاب واصاب ثوب رجل فافسده ، يغرم الصبي في ماله . فان لم يكن له مال يكون ديناً عليه يؤاخذ به اذا ايسر .

وفي النوازل : لو رمى صبي سهما فاصاب عين امرأة ، لا ضمان على والده ،

وانما يجب في ماله . وان لم يكن له مال ، فنظرة الى ميسرة . قال : وانما اوجب في ماله لانه لا يري للعجم عاقلة . ويقول : العاقلة للعرب لانهم لا يتناصرون اه — نعم لو ان رجلاً امر صبياً باتلاف مال انسان ، يضمن الصبي . ثم الصبي يرجع على الآمر ، كما في الاشباه وغيرها . وفي جنايات الخانية ، قبيل فصل في اتلاف الجنين : ولو امر صبياً بشيء فلحقه غرم ، كان لولي الصبي ان يرجع على الآمر اه .

المادة ٩١٧ — ﴿ لو اطرأ احد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة ﴾

لان تنقيص المال سواء كان بتفويت جزء منه او وصف مرغوب فيه او معنى مرغوب فيه ، اتلاف كما في رد المحتار ، فيضمن نقصانه ، كما يضمنه كاملاً لو اتلفه . وهذا لو كان المال قيمياً والنقصان يسيراً لا يبلغ ربع القيمة . فلو كان فاحشاً ، فالمالك مخير بين تضمين النقصان مع اخذ المال ، وبين تركه واخذ قيمته كاملةً يوم الاتلاف . وان كان مثلياً فهو مخير بين اخذه ولا يضمن المتلف شيئاً حذراً من الربا ، وبين تركه للمتلف ويضمنه المثل ، كما تقدم في المادة (٩٠٠) وشرحها .

وهذا اذا نقص المثلي . اما اذا اتلفه فيضمن قيمته سابقاً على الاتلاف ، لانه حين الاتلاف لم يبق مثلياً ، كما قدمناه في شرح المادة (٩٠١) نقلا عن الدر وحواشيه ، فليتنبه لذلك .

وفي الخانية : وذكر الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى : اذا سقى ارض نفسه فتعدى الى ارض جاره ، قال : هذه المسئلة على وجوه : ان اجري الماء في ارضه اجراء لا يستقر في ارضه وانما يستقر في في ارض جاره ، كان ضامناً . وان كان الماء يستقر في ارضه ثم يتعدي الى ارض جاره بعد ذلك . ان تقدم اليه جاره بالسكر والاحكام فلم يفعل ، كان ضامناً استحساناً ، ويكون هذا بمنزلة الاشهاد على الحائط المائل . وان لم يتقدم اليه جاره بالسد والاحكام حتى تعدى الماء

الى ارض جاره ، لا يضمن . وان كانت ارضه في صعدة وارض جاره في هبطة يعلم انه اذا سقى ارضه يتعدى الى ارض جاره ، كان ضامناً ويؤمر بوضع المسناة حتى يصير مانعاً ، ويمنع من السقي قبل ان يضع المسناة .

وفي الفصل الاول : لا يمنع من السقي . وان كان في ارضه ثقب او حجر فأرة ، ان علم بذلك ولم يسده حتى فسدت ارض جاره ، كان ضامناً . وان كان لا يعلم ، لا يكون ضامناً اه اي لانه هنا متسبب ، فلا يضمن بلا قصد — بخلاف ما قبله ، فانه مباشر .

وفيها من كتاب الغصب : رجل جز صوف غنم انسان غصباً ، قال ابو نصر رحمه الله تعالى : ان لم ينقص من قيمة الغنم شيئاً ، كان على الغاصب مثل صوفه . وان نقص ، كان للمالك الخيار : ان شاء اخذ نقصان الغنم والصوف للغاصب ، وان شاء اخذ مثل صوفه وقدر نقصان الغنم لا من جهة الصوف اه .

المادة ٩١٨ — ﴿ اذا هدم احد عقار غيره كالحانوت والخان فصاحبه بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض وضمنه القيمة الباقية واخذ هو الانقاض . ولكن اذا بناه الغاصب كالاول يبرأ من الضمان ﴾

المراد بكونه كالاول ان لا يكون الاول اجيد منه ، كأن يكون الحايط قبل الهدم مبنياً بتراب فاعاده كما هو ، او من خشب فبناه بخشبه . اما لو بناه بخشب آخر ، فلا يبرأ ، اذ الخشب ليس بمثلي فلا تكون الاعادة كالاول . حتى لو علم ان الثاني اجيد يبرأ (صرح في البزازية وفي جامع الفصولين)

قلت : والحجر مثل الخشب في ديارنا ، بعضه اجيد من بعض ، فلا يبرأ الا اذا كان الثاني مثل الاول او اجيد . وهذا اذا بناه من تلقاء نفسه ، والا فلا يجبر على البناء بل عليه ضمان النقصان . ففي جامع الفصولين : ولو هدم جدار غيره ،

لم يجبر على بنائه ، فيخير مالكه : ان شاء ضمنه قيمته والنقص للضامن ، او اخذ نقضه مع قيمة النقصان

وقال بعضهم : لو كان قديماً لا يؤمر بالاعادة ، ولو جديداً يؤمر اه ٠

واستثنى في الدر تبعاً للخانية ما اذا كان المهدوم حايط مسجد ، فان الهادم يؤمر بتعميره كما كان ٠ وجزم في رد المحتار تبعاً للبيري ان حايط اي وقف كان كحائط المسجد ، يعني يؤمرها دمه بتعميره كما كان ، مستدلا بما في الذخيرة « واذا غصب الدار الموقوفة فهدم بناء الدار وقطع الاشجار ، للقيم ان يضمنه قيمة الاشجار والنخيل والبناء اذا لم يقدر الغاصب على ردها ٠ ويضمن قيمة البناء مبنياً وقيمة النخل ثابتاً في الارض ، لان الغصب ورد هكذا اه - ومقتضاه انه ان امكنه رد البناء كما كان ، وجب ولم يفصل فيه بين المسجد وغيره » وبما في اجارات فتاوى قارىء الهداية « فيمن استأجر داراً وقفاً فهدمها وجعلها طاحوناً او فرناً ، اجاب بأنه ينظر القاضي ان كان ما غيرها انفع واكثر ربعاً ، اخذ منه الاجرة، وابقى ما عمره للوقف ، وهو متبرع ، والا الزم بهدمه واعادته الى الصفة الاولى بعد تعزيره بما يليق بحاله اه ٠

لكن يحتاج الى الفرق بين الملك والوقف ٠ والعلة بأن الحائط ليس من ذوات الامثال ، جارية في حائط الوقف ، كما في الحموي ٠

قال في رد المحتار : ولعل وجه الفرق قولهم « يعني بما هو انفع للوقف » ولا شك ان تعميره كما كان انفع من الضمان تأمل اه

اقول: ويمكن ان يكون الفرق ان اخذ الضمان عبارة عن بيع ما اتلفه الهادم وهذا في الوقف لا يجوز الا عند الضرورة ، بخلافه في الملك ٠ هذا وفي رد المحتار عن الحاوي : لو التى نجاسة في بئر خاصة ، يضمن النقصان دون النزح ٠ وفي بئر العامة يؤمر بنزحها ، كما مر في هدم حائط المسجد ، لان للهادم نصيباً في العامة ويتعذر تمييز نصيب غيره عن نصيبه في ايجاب الضمان ، بخلاف الخاصة ه

وفي جامع الفصولين : حفر بئرا في فناء مسجد وهدم حائط المسجد ، يؤمر بالتسوية ولا يقضى بالنقصان وكذا من حفر بئراً في فناء قوم يؤمر بالتسوية به ٠ ولو هدم جدار رجل او حفر بئراً في ملكه ، ضمن النقصان اه ومثله في الخانية ٠

ومقتضى ذلك ان حائط الوقف اذا كان الوقف على قوم باعيانهم ، لا يكون كحائط المسجد ، لان هذا الحكم وهو لزوم التعمير كما كان او التسوية في البئر ، خاص فيما كان راجعاً للعامة كالمسجد وفناء القوم العائد ايضاً للعامة . والعلة فيه ان لو اوجبنا الضمان لكان الهادم ضامناً لنفسه ، اذ لا يمكن تمييز نصيب غيره عن نصيبه . وعلى هذا فاطلاق الذخيرة وقاري الهداية حائط الوقف ، محمول على وقف المسجد ، فانه الراجع للعامة ، فليتأمل .

المادة ٩١٩ — ❋ لو هدم احد داراً بلا اذن صاحبها لاجل وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر اولي الامر لا يلزم الضمان وان هدمها بنفسه يلزم الضمان ❋

في حاشية الفصولين للرملي ما نصه : قال في التتارخانية : حريق وقع في محلة فهدم رجل دار غيره بغير امر صاحبها وبغير امر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم اه — وفيه دليل على انه لو كان بأمر السلطان لا يضمن . ووجهه ان له ولاية عامة يصح امره لدفع الضرر العام ، وهي كثيرة الوقوع في القسطنطينية ، وبه صرح في الخانية بقوله « ولو ان هذا الذي هدم الدار عند وقوع الحريق هدم بأذن الامام ، لا يكون ضامناً اه »

قال في رد المحتار : اقول : والظاهر انه يضمن ما هدمه حال كونه مشرفاً على الهلاك ، نظير ما تقدم من مسئلة السفينة الموقرة اه

وصرح في جامع الفصولين ان امر القاضي بالهدم كامر السلطان . قيد بالهدم لانه لو ركب دار غيره لاجل اطفاء حريق وقع في البلد فانهدم شيء بركوبه ، لم يضمن لأن ضرر الحريق عام ، فلكل احد دفعه (كذا في الدر عن الجوهرة) اي فهو غير متعدٍ بالركوب — وفيه مخالفة لما في الخانية ، ونصها : وان اذن له بالجلوس على سطح فانخسف فوقع على سطح مملوك للآذن ضمن الجالس اه فتأمل .

المادة ٩٢٠ - ﴿ لو قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بغير حق فصاحبها مخير ان شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة وترك الاشجار المقطوعة للقاطع ، وان شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة . مثلاً لو كانت قيمة الروضة حال كون الاشجار قائمة عشرة آلاف وبلا اشجار خمسة آلاف وقيمة الاشجار الفين فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع وان شاء اخذ ثلاثة آلاف والاشجار المقطوعة ﴾

المراد بكون قيمة الاشجار الفين ان قيمتها مقطوعة كذلك ، وهو ظاهر . وزاد في الهندية « وان كانت مقطوعة وغير مقطوعة سواء ، فلا شيء على القاطع اه »

اقول : وقد تكون الاشجار المقطوعة ازيد قيمة منها قبل القطع ، كما اذا كانت يابسة لا بد من قطعها او كانت اشجار حور قد انتهى اوان قطعها ، فان مالكها يحتاج لدفع اجرة قطعها ، فلا شيء على القاطع ايضاً - وليس له ان يتملكها بسبب الزيادة المذكورة ، لأن القطع ليس بزيادة فيها . وقد قدمنا في شرح المادة (٨٨٩) عن الهندية انه لو فتل اهداب الثوب او غسله بالصابون او كان المغصوب جريحاً او مريضاً فداواه حتى برأ او كان نخلاً فأبره ، فهو للمالك ولا شيء للغاصب . قال : لأن الفتل ليس بزيادة عين مال فيه ، وانما تغيير لبعض اجزائه والغسل ازالة وسخه ، والأشنان والصابون لا تبقى له عين الخ اه

ثم رأيت في التنوير : « كسر الخشب كسراً فاحشاً ، لا يملكه . ولو كسره الموهوب له ، لا ينقطع حق الرجوع اه

قال في رد المحتار : قال في التتارخانية : ولم يتعرض لما اذا زادت قيمته

بالكسر . وينبغي ان لا يملكه ايضاً اه .

قلت : وما تقدم عن المندبة نص فيما بحثه .

المادة ٩٢١ — ﴿ ليس للمظلوم ان يظلم آخر بما انه ظُلم مثلاً لو اتلف زيد مال عمرو مقابلة بما انه تلف ماله يكونان ضامنين . وكذا لو اتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما ان بكرا الذي هو من تلك القبيلة اتلف ماله يضمن كل منهما المال الذى اتلفه . كما انه لو انخدع احد فاخذ دراهم زايفة من احد فليس له ان يصرفها لغيره ﴾

لأن نفس الظالم لا يجوز ظلمه ، بل انصافه . ولهذا اوجبوا على الغاصب فيما اذا زاد في المغصوب كما اذا صبغ الثوب او فتل اهدابه بحرير من عنده ضمن قيمة الثوب المغصوب دون رد عينه ، لئلا تتلف عليه الزيادة . وعللوا ذلك بأن الظالم لا يظلم كما تقدم وهذا لقوله تعالى ﴿ ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ قالوا : المثلية الكاملة لا تتحقق الا بأخذ مثل المتلوف ان مثلياً ، او قيمته ان قيمياً . وهذا في نفس الظالم ، فكيف بمن كان من قبيلته كالمثال الثاني ، او من نوعه البشري كما في المثال الثالث . وقد قال الله تعالى ﴿ ولا تزر وازرة وزر اخرى ﴾ وصرحت المادة (١٩) ان لا ضرر ولا ضرار ، وهو لفظ حديث اخرجه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرك والبيهقي والدارقطني من حديث ابي سعيد الخدري وابن ماجة من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم ، كما في القاعدة الخامسة (الضرر يزال) من الأشباه وقال : وفسره في المغرب بأنه لا يضر الرجل اخاه ابتداءً ولا جزاءً اه

❃ الفصل الثاني ❃

❃ في بيان الاتلاف تسبباً ❃

المادة ٩٢٢ ❃ لو اتلف احد مال آخر او نقص قيمته تسبباً يعني لو كان سبباً مفضياً الى تلف مال او نقصان قيمته يكون ضامناً ❃

اعلم ان الاتلاف تسبباً انما يكون موجباً للضمان بشروط اربعة ، احدها ان يصدر من فاعله عن عمد كما صرحت به المادة (٩٣) وعليه تفرعت المادة (٩٢٣) الآتية :

ثانيها ان يكون متعدياً في فعل ذلك السبب ، كما اعربت عنه المادة (٩٢٤) الآتية .

ثالثها ان يكون ذلك السبب مفضياً للاتلاف لا محالة ، بمعنى ان لا يوجد للاتلاف سبب غيره ، كما اشير اليه في هذه المادة . وتتفرع عليه مسايل سيأتي ذكرها .

رابعها ان لا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار ، والا اضيف الحكم اليه لا الى السبب ، لانه المباشر كما اعربت عنه المادة (٩٢٥)

ثم الفاعل المختار عند الامامين اعم من ان يكون ذا عقل او لا ، كالدابة والطير . وعند محمد هو ذو العقل خاصة . وعلى اعتبار هذه الشروط بنيت مسايل هذا الفصل ، كما سيتضح .

❃ مثلاً اذا تمسك احد بثياب آخر وحال مجاذبتها سقط مما عليه شيء وتلف او تعيب يكون المتمسك ضامناً ❃

كذا في جامع الفصولين رامزاً الى الفتاوي ، وافتى في الحامدية . ثم قال

العلامة بن عابدين في تنقيحها : وينبغي ان يكون القول للمتعلق في قدر ما سقط ، وكذا لو انكر السقوط اصلا ، ما لم يبرهن الآخر ، نظير ما ذكروه من ان القول للغاصب بيمينه ، وان القول قوله ايضاً في قدر القيمة اه

لكن نقل في جامع الفصولين ايضاً ، بعد ما تقدم عن القنية : خرقت احدى المرأتين اذن الاخرى في المشاجرة فسقط القرط فضاع ، لم تضمن اه وذكر ايضاً بعد بنحو صفحتين ، برمز (عده) : رفع قلنسوة من رأس رجل فوضعها على رأس آخر فطرحها فضاعت ، ان كان بمرأى صاحبها وامكنه رفعها من ذلك الموضع ، لم يضمن الطارح ، والا ضمن ، وحكم الرافع كحكم الطارح ، لانه في الوجه الاول يصير راداً الى المالك ، لا في الوجه الثاني ، ومنه يعلم حكم المتعلق وسقوط شيء من ماله

ثم رمز (ذ): وقعت قلنسوة المصلي من رأسه فنحاها رجل ، فلو نحاها بحيث بنالها المصلي ، لم يضمن ، ولو نحاها اكثر من ذلك ، ضمن اه .

وفي الخانية : رجل تعلق برجل وخاصمه فسقط من المتعلق به شيء وضاع ، قالوا يضمن المتعلق ، قال رضي الله عنه : وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان سقط بقرب من صاحب المال وصاحب المال يراه ويمكنه ان يأخذ ، لا يكون ضامناً اه وبه علم ان عدم الضمان فيما لو خرقت احدى المرأتين اذن الاخرى محمول على ما اذا سقط القرط بقرب مالكته بحيث تراه . ثم رأيته في صرة الفتاوي بعد ان نقل عبارة الخانية المذكورة ، قال : قلت : ومسئلة القرط ينبغي ان تكون على هذا التفصيل . لكن ثمة قالوا بعدم الضمان اه .

﴿ وكذا لو سد احد ماء ارض لآخر او ماء روضة ويبست مزروعاته ومغروساته وتلفت او افاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً ﴾

لأن كلا من السد والافاضة سبب مفض الى اتلاف المزروعات والمغروسات لا محالة . وهذا بخلاف ما لو منع المالك من سقي زرعه حتى فسد زرعه ، فانه لا يضمن ، كما في جامع الفصولين ، لان منع المالك عن السقي ليس سبباً للاتلاف ،

اذ يمكن ان يسقي وكيله او اجيره . ثم ان الافاضة انما تكون موجبة للضمان اذا كان متعدياً فيها . ففي فصل فيما يحدث في الطريق من جنايات الخانية :لو حفر نهراً في غير ملكه فانشق من ذلك النهر ماء واغرق ارضاً او قرية ، كان ضامناً ، لانه سيل الماء في غير ملكه ، فيضمن، كما لو مشى او سار على الدابة في الطريق ، ولو كان ذلك الحفر في ملكه ، لا يضمن ، لانه مباح له مطلقاً

وفيها، بعد صفحة ، رجل سقى ارضه من نهر العامة وكان على نهر العامة انهار صغار مفتوحة فوهاتها فدخل الماء في الانهار وفسد بذلك ارض قوم ، قال الشيخ الامام الاجل ظهير الدين رحمه الله تعالى : يكون ضامنا لانه اجرى الماء فيها اه

واما لو سقى ارضه فخرج الماء منها وافسد ، فقد تقدم حكمه مفصلاً في شرح المادة (٩١٧) معزياً للخانية ، فراجعه

فروع

لو فتح زق سمن او دبس فخرج، ضمن، لا لو وقف ساعة ثم سال ، وهو الصحيح، اذ من طبع السايلات ان تسيل ، فاذا وقف ثم سال علم ان معنى آخر اخرجه مثل اذابة الشمس او وقع عليه شيء فحركه . فاما اذا سال من ساعته ، فكانه اراقه (كذا في جامع الفصولين مختصراً)

وفيه : القى شاة ميتة في نهر طاحونة فسال بها الماء الى الطاحونة فخربت ، ضمن لو كان النهر يحتاج الى الكرى ، والا فلا : قال ينبغي ان يقال لو استقرت في الماء كما القاها ثم ذهبت ، لم يضمن على كل حال ، اذ ذهابها بعد ذلك يضاف الى الماء لا الى الملقي .

وله امثلة كثيرة ، منها : لو ارسل دابته فأصابت شيئاً في فورها ، ضمن ، لا لو وقفت ساعة ثم صارت

ومنها : لو القى رجلا في الماء فمات ، فلو غرق من ساعته ، ضمن ديته ، لا لو سبح ساعة ثم غرق اه

وفيه :حل سفينة مربوطة في يوم ريح ، ان ثبتت بعد الحل اقل القليل ثم

سارت وغرقت ، لا يضمن اهـ

والوجه في هذه المسايل ما افادته هذه المادة من ان الضمان مشروط بأن يكون السبب مفضياً للضمان لا محالة ، كما ذكرنا . وفي هذه المسايل لم يتحقق افضاؤه الى ذلك ومن زعم انها من المسائل التي اجتمع فيها المباشر والمتسبب فجعلها من المسائل الخلافية بين محمد والصاحبين وقال ما قال ، فقد اخطأ خطأً فاحشاً، فافهم

وفيه : القاه في حوض او نهر ومعه دراهم فسقطت في الحوض ، فلو سقطت عند القائه ، ضمن ، لأنه بفعله — لا لو سقطت وقت خروجه عن الماء ، لأنه بفعل مالكها اهـ وفي العمادية ، عن السير الكبير: اذا حبس رجلا حتى ضاع ماله ، لا يضمن . ولو حبس المال من المالك ، يضمن اهـ — اي لانه في حبس المال يكون غاصباً له ، فيضمنه ضمان الغصب . وفي حبس الرجل لا يكون غاصباً للمال حتى يضمنه ضمان الغصب ، وحبس المالك ليس سبباً مفضياً للهلاك حتى يضمنه ضمان الأتلاف — بخلاف ما لو غصب عجلا واستهلكه حتى يبس لبن امه ، فانه يضمن قيمة العجل ونقصان الام ، كما قدمناه عن الخانية ، لأن استهلاك العجل يفضي الى نقصان الام لا محالة ، فيضمنه ضمان اتلاف

ومقتضى تقييد الخانية باستهلاك الغاصب العجل انه لو هلك بنفسه يضمنه فقط دون نقصان الام ، لانه لم يفعل سبباً موجباً للنقصان ، تأمل .

﴿ وكذا لو فتح احد باب اصطبل الآخر وفرّت حيواناته وضاعت او فتح باب قفصه وفرّ الطير الذي كان فيه يكون ضامناً ﴾

قد علمت ان من شروط ضمان المتسبب ان لا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار . واشترط محمد ان يكون ذا عقل ، خلافاً لهما .

وقدم في الخانية قول محمد ، فافاد ترجيحه حيث قال : ولو ان رجلا اخذ مملوكه الآبق وقيده واغلق عليه الباب فحل رجل قيده وفتح الباب فذهب المملوك ، قال لا ضمان على الذي فتح الباب وحل القيد ، لان بني آدم لهم عزيمة في الذهاب ، فهو الفاعل ، والبهيمة ليس لها عزيمة — فان كان في البئر ونحو ذلك ، قال هو ضامن المملوك ذاهب العقل لا يؤمن ان يلقي نفسه له ، لانه لا يعقل . اما ابو حنيفة

رحمه الله تعالى يقول لا يضمن في البهائم ايضاً اه وكذا نقل في الفصول العمادية عن فتاوي اهل سمرقند ان الفتوى على قول محمد . ولذا اختارت المجلة قول محمد .

والخلاف بينهم فيما اذا فرت الدابة او الطير او هرب العبد المجنون فور فتح الباب وحل القيد . اما لو مكث ولو قليلا ثم فر او هرب ، فلا يضمن اتفاقاً الا في رواية عن محمد في الطير . قال : لان الطاير مجبول على النفار (افاده في مجمع الأنهر)

وانما لا يضمن لو مكث ساعة ثم فر ، لان فتح الباب او حل القيد لم يفض الى الفرار ، بل الى الوقوف والمكث ، فلا يضمن وان لم يتخلل فعل فاعل مختار على قول محمد . واتفقوا انه لو زاد على ما فعل بأن فتح القفص وقال للطير كش كش او باب اصطبل فقال للبقر هش هش ، او للحمار هر هر ، يضمن اتفاقاً . واجمعوا انه لو شق الزق والدهن سايل او قطع الحبل حتى سقط القنديل ، يضمن اه (رد المحتار)

وفي الفصول العمادية : لو فتح باب دار فسرق آخر منها متاعاً ، لا يضمن الفاتح ، سواء سرق عقيب الفتح او بعده . وكذا اذا حل رباط دابة فسرقها انسان او فتح باب القفص فأخذ الطير انسان آخر لا ضمان على الذي حل وفتح بالاتفاق ، لانه التزم الحفظ . الا انه اذا دل الغاصب او السلطان على الوديعة ، ضمن ، وغيره لا يضمن . وفي المودع لا يختلف بين ان يقف ثم يذهب او يذهب بغير توقف اه .

وفي جامع الفصولين : نقب حائطاً فغاب فدخل منه رجل فسرق ، لا يضمن الناقب ، وبه يفتى لانه مسبب والسارق مباشر . ولو حل بعض قطار ابل ، لم يضمن اذا لم يغصب ابلا اه وذكر الانقروي عن البزازية ان فيها خلاف محمد .

وفي العمادية : اذا كانت دابة رجل في مربط ففتح انسان الباب فذهب ، قال محمد : هو ضامن . وهذا خلاف جواب الأصل . وان كانت مشدودة والباب مغلق فحلها انسان وفتح الباب آخر ، فالضمان على فاتح الباب ، وكذلك الغنم اه

وفي مجمع الانهر عن الاختيار : ذهبت دابة رجل ليلاً او نهاراً بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع رجل ، لا ضمان عليه ، لانها ذهبت باختيارها وفعلها هدر . وان

ارسلها ضمن ·

رجل وجد في زرعه او داره دابة فاخرجها فهلكت او اكلها الذئب ، لم يضمن لان له ولاية الاخراج . وان ساقها بعد الاخراج ضمن اه ومثله في جامع الفصولين

قال محشيه الرملي : ما احسن قول من قال « لو ساقها الى مكان يأمن منها على زرعه لم يضمن » وهو المروي عن ابي نصير الدبوسي ، وان كان اكثر المشايخ قالوا انه يضمن ، وعليه الفتوى اه ·

وفي الخانية ، قبيل « فصل فيما يحدث في الطريق الخ » : ولو ان صاحب الزرع لم يخرجها ولكنه امر صاحبها ان يخرجها فافسدت شيئاً في اخراجها ، قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى : لا يكون ضامناً لما افسدت ، لانه اخرجها بأمره · ولو انه قال لصاحب الدابة ان دابتك في الزرع ولم يقل اخرجها فأخرجها صاحبها فأفسدت شيئاً في اخراجها ، كان ضامناً · وقال ابو نصر رحمه الله تعالى في الوجه الاول يكون ضامناً ايضاً ، لوجود السوق من صاحبها ، وصاحب الزرع لم يرض بالفساد وانما طلب منه الصيانة اه ·

المادة ٩٢٣ = ✻ لو جفلت دابة احد من الآخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان · واما اذا كان اجفلها قصداً يضمن · وكذا اذا جفلت دابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفت او انكسر احد اعضائها لا يلزم الضمان · واما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد اجفالها يضمن راجع المادة ٩٣ ✻

حيث صرحت بأن المتسبب لا يضمن الا بالتعمد ·

وفي الخانية ، فيما يضمن بالنار من كتاب الغصب : رجل وضع في الطريق شيئاً فنفرت منه دابة رجل فاتلفت شيئاً ، لا يضمن الواضع اذا لم يصبها الموضوع في الطريق · وكذلك رجل اشهد على حائط مائل الى طريق المسلمين فسقط

الحايط فنفرت منه دابة رجل فقتلت رجلاً ، لا يضمن صاحب الحائط المايل . انما يضمن صاحب الحائط اذا سقط الحائط على انسان او دابة فقتله (كذا في الانقروية)

وفي هامشها ، عن فتاوي بن هشيم ، سئل عن رجل القى قشور البطيخ فزلقت بها دابة عليها زق زيت فتلف ، هل يضمن ؟ - اجاب : نعم يضمن اه .

المادة ٩٢٤ - ﴿ يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلا مفضياً الى ذلك الضرر بغير حق . مثلا لو حفر احد في الطريق العام بئراً بلا اذن ولي الأمر ووقعت فيه دابة لآخر وتلفت يضمن اما لو وقعت الدابة في بئر كان حفره في ملكه وتلفت لا يضمن ﴾

وكذا لو هدم بيت نفسه فانهدم به بيت جاره ، لم يضمن ، اذ لم يتعدّ (جامع الفصولين) وان ادخل في دار رجل بعيراً مغتلما وفي الدار بعير صاحب الدار فوقع عليه المغتلم ، اختلفوا فيه . قال ابو الليث : ان ادخله باذن صاحب الدار ، لا يضمن . وان ادخله بغير اذنه ، يضمن وعليه الفتوى . والبعير المغتلم هو الذي سكر من فرط شهوته (هندية عن الظهيرية)

وفيها عن الحاوي : سئل عمن حفر في صحراء القرية التي هي مبيت دوابهم حفيرة يخبأ فيها الغلة بغير اذن احد واوقد فيها النار رجل آخر فوقع فيها حمار ، قال : هذا على قياس ما قاله اصحابنا ان من حفر بئراً على قارعة الطريق فالقى فيها رجل حجراً فوقع في البئر رجل فأصابه الحجر الذي في البئر فمات ، ان الدية على الحافر . وفي مسئلتنا متى احترق الحمار فالضمان على الحافر اه .

وفي جامع الفصولين : حفر بئراً وغطى رأسها فرفع آخر الغطاء ، ضمن الاول . فلو كبس الاوّل بتراب او طين او بما يكبس به مثله ، ضمن الثاني . ولو كبسه بما لا يكبس به البئر كبر ودقيق ونحوهما ، ضمن الاول اه .

وفي الخانية : ولو حفر الرجل نهراً في ملكه فعطب به انسان او دابة لا يضمن . وكذا لو جعل عليه جسراً او قنطرة في ارضه . ولو حفر نهراً في غير ملكه فهو بمنزلة البئر ، يكون ضامناً . وكذا لو جعل جسراً او قنطرة في غير ملكه . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه لا يضمن وان احدثه في غير ملكه اذا كان بحيث لا يتضرر به غيره ، لانه محتسب بنفع الناس بما احدثه . وفي ظاهر الرواية يكون ضامناً ، الا اذا فعل ذلك باذن الامام ، كما لو حفر بئراً في الموضع الذي يحتاج اليه الناس ، يكون ضامناً لما عطب به اذا لم يفعل باذن الامام . وان مشى على جسره انسان متعمداً فانخسف به ، لا يضمن واضع الجسر ، لانه لما مر متعمداً كان التلف مضافاً اليه . وكذا لو احرق حشيشاً في ارضه او في حصائده او اجمته فخرجت النار الى ارض غيره واحرقت شيئاً ، لا يكون ضامناً ، لانه متصرف في ملكه . قيل : هذا اذا كانت الرياح ساكنة حين اوقد النار . فاما اذا كان اليوم ريحاً يعلم ان الريح تذهب بالنار الى ارض جاره ، كان ضامناً استحساناً ، كمن صب الماء في ميزاب له وتحت الميزاب متاع لغيره ففسد به ، كان ضامناً . ولو اوقد النار في داره او تنوره ، لا يضمن ما احترق به . وكذا لو حفر نهراً او بئراً في داره فنزت من ذلك ارض جاره ، لا يضمن ، ولا يؤمر في الحكم ان يحول ذلك عن موضعه . لكن فيما بينه وبين الله تعالى عليه ان يكف عن ذلك ان كان يتضرر به غيره اه .

وفيها : رجل احتفر بئراً في ملكه ثم سقط فيها شخص وفيها انسان او دابة فقتل الساقط ذلك الانسان او الدابة ، كان الساقط ضامناً دية من كان فيها . وان كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر فيما اصاب الساقط والمسقوط عليه ، لان الحافر اذا كان متعدياً في الحفر كان بمنزلة الدافع لمن سقط في البئر ، والساقط بمنزلة المدفوع ، فيكون تلف الكل مضافاً الى الحافر .

اما اذا حفر في ملك نفسه فسقوطه لا يكون مضافاً الى غيره ، فكان تلف المسقوط عليه مضافاً الى الساقط ، كرجل تردى من جبل على رجل فقتله ، يضمن دية القتيل .

رجل حفر بئراً في الطريق فجاء انسان والقى فيها نفسه متعمداً ، لا يضمن

الحافر . وان لم يوقع فيها نفسه فسقط فسلم من الوقوع ومات فيها جوعاً او غماً ، لا يضمن الحافر في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى : ان مات فيها جوعاً فكذلك . وان مات غماً بأن اثر الغم في قلبه من الوقوع مات من ذلك ، ضمن الحافر . وقال محمد يضمن الحافر في الوجوه كلها ، لان الموت حصل بسبب الوقوع في البئر .

رجل حفر بئراً في الطريق فجاء آخر وحفر منها طائفة في اسفلها ثم وقع فيها انسان ومات ، فالقياس يضمن الاول ، و به اخذ محمد رحمه الله تعالى لأن الاول كالدافع لمن سقط في القعر الذي حفره صاحبه في اسفله . وفي الاستحسان يجب الضمان عليهما ، لان كل واحد منهما متعدٍ في الحفر .

رجل حفر بئراً في الطريق وعند البئر حجر وضعه انسان في الطريق فجاء انسان وتعقل بالحجر وسقط في البئر ومات فيها ، كان الضمان على واضع الحجر ، لانه بمنزلة الدافع . وان لم يضع الحجر انسان وجاء به سيل عند البئر ، كان الضمان على حافر البئر .

رجل حفر بئراً في الطريق فجاء رجل فسقط فيها فتعلق هذا الرجل برجل آخر وتعلق الثاني بآخر ووقعوا فيها جميعاً وماتوا ، ان لم يعلم كيف ماتوا ولم يقع بعضهم على بعض ، فدية الاول تكون على الحافر ، لانه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر . ودية الثاني تكون على الاول لان الاول هو الذي اوقعه حيث جرّه الى نفسه ، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى . وان كان بعضهم وقع على بعض في البئر ولا يعلم كيف كان حالهم ، ففي القياس ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى ، دية الاول تكون على عاقلة الحافر ودية الثاني على عاقلة الاول ، ودية الثالث على عاقلة الثاني . وذكر في الكتاب ان فيها قولاً آخر . قيل: ذلك قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، قالا دية الاول تكون اثلاثاً ثلثها على الحافر وثلثها على الثاني وثلثها هدر ، ودية الثاني نصفها هدر ونصفها على الأول ، ودية الثالث كلها على الثاني . ووجهه مذكور في الكتاب .

رجل حفر بئراً في الطريق فسقط فيها انسان ومات فقال الحافر انه القى نفسه فيها و كذبته الورثة في ذلك ، كان القول قول الحافر في قول ابي يوسف

الآخر ، وهو قول محمد ، لان الظاهر ان البصير يرى موضع قدمه وان كان الظاهر ان الانسان لا يوقع نفسه فاذا وقع الشك لا يجب الضمان بالشك اهما في الخانية ، وتمامه فيها في « فصل فيما يحدث في الطريق الخ »

وفي الهندية : واذا حفر رجل بئراً في ملك غيره فوقع فيه انسان فقال صاحب الأرض انا امرته بذلك وانكر اولياء الواقع ، فالقياس انه لا يصدق صاحب الأرض . وفي الاستحسان يصدق .

وفيها : واذا حفر بئراً في الطريق فوقع فيها انسان وسلم من الوقعة وطلب الخروج منها فتعلق حتى اذا كان في وسطها سقط وعطب ، فلا ضمان . ولو مشى في اسفلها فعطب بصخرة فيها ، فان كانت الصخرة في موضعها من الارض ، فلا ضمان . وان كان صاحب البئر قلعها من موضعها ووضعها في ناحية البئر ، فعلى صاحب البئر الضمان اه .

وفيها : استأجر الرجل اجيراً ليحفر له بئراً فحفر الاجير ووقع فيها انسان ومات فان حفر في طريق معروف لعامة المسلمين يعرفه كل واحد ، يجب الضمان على الاجير ، اعلمه المستأجر بذلك او لم يعلمه . وكذلك اذا حفر في طريق غير مشهور واعلم المستأجر الاجير بأن هذا الطريق لعامة المسلمين . فاذا لم يعلمه بذلك فالضمان على الآمر اه .

وفيها : ولو كانت دار بين ثلاثة فحفر فيها احدهم بئراً او بنى حائطاً بغير اذن شريكيه فعطب به انسان ، فعليه ثلثا الدية . وان كان الحفر او البناء بإذن الباقين ، فلا شيء عليه اه .

وفي الدر عن المجتبى : حفر في طريق مكة او غيره من الفيافي ، لم يضمن ، بخلاف الأمصار .

قلت : وبهذا عرف المراد بالطريق في الكتب ، الطريق في الامصار دون الفيافي والصحاري ، لانه لا يمكن العدول عنه في الامصار غالباً دون الصحاري اه

لكن قيد في البزازية الحفر في الفيافي بما اذا كان في غير ممر الناس ، فيضمن لو حفر في محجة الطريق بحيث يمر الناس والدواب عليها ، لا ان حفره يمنة او يسرة بحيث لا يمر عليها . ولذا قال الطحطاوي ان ما في الدر عن المجتبى من انه

يمكن العدول من المار عن مكان الحفر في طريق مكة ونحوه لا يظهر في نحو الظلمة والبهائم المارة ، فيحمل المطلق على المقيد والله اعلم بالصواب اه (افاده في رد المحتار) وتمام هذه المسايل مذكورة في الخانية والهندية والبزازية وغيرها فلتراجع

المادة ٩٢٥ = ✻ لو فعل احد فعلا يكون سبباً لتلف شيء ثم حال بين ذلك الفعل و بين التلف فعل اختياري يعني لو باشر اتلاف ذلك الشيء شخص آخر يكون ذلك الفاعل المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً . راجع مادة ٩٠ ✻

وهي اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر . والتمثيل بأن المباشر شخص آخر يشير الى انه يشترط في صاحب الفعل الاختياري ان يكون ذا عقل له عزيمة ، كما هو قول محمد رحمه الله تعالى ، وهو الذي مشت عليه المجله في الفقرة الاخيرة من المادة (٩٣٢) حيث جزمت بضمان من فتح باب اصطبل او باب قفص ففرت الدابة او الطير ، مع ان قول الامامين عدم الضمان لانه تخلل بين فعل السبب وبين التلف فعل فاعل مختار ، وهو ذهاب الدابة وطيران الطير ، والاختيار عندهما لا ينعدم بانعدام العقل ، فيضاف التلف الى المباشر ، ويقع هدراً دون المتسبب ، كما في مجمع الانهر .

وقد علمت مما قدمناه هناك ان قاضي خان قدمه في فتاواه على قول الامامين فأفاد ترجيحه ، وان فتاوي اهل سمرقند قد صرحت بأن الفتوى على قوله .

ثم ان كون الحكم يضاف الى المباشر دون المتسبب اذا اجتمعا ، محله ما اذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده كما في الحفر مع الالقاء ، فان الحفر لا يعمل بانفراده شيئاً بدون الالقاء واما اذا كان السبب يعمل بانفراده ، فيشتركان في الضمان على الصحيح ، كما لو نخس رجل دابة باذن راكبها فوطئت شيئاً فاتلفته ، فان الضمان على الناخس والراكب مناصفة ، كما سيأتي في المادة (٩٣٣) لان

تلف الموطوء وان كان بمباشرة الراكب لكونه بثقله ، الا ان السبب وهو النخس يعمل في الاتلاف بانفراده . وان لم يكن على الدابة راكب فلا يلغى ، فكان الاتلاف مضافاً اليها ، بخلاف الحفر . هذا هو الصحيح كما في القهستاني ، خلافاً لما في الدر (افاده في رد المحتار من باب جناية البهيمة)

= الفصل الثالث =

(فيما يحدث في الطريق العام)

المادة ٩٢٦ = * لكل احد حق المرور في الطريق العام لكن بشرط السلامة . يعني انه مقيد بشرط ان لا يضر غيره في الحالات التي يمكن التحرز منها *

قال الزيلعي : الاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة ، لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه ، لكونه مشتركاً بين كل الناس ، فقلنا بالاباحة مقيداً بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن التحرز عنه لا فيما لا يمكن ، لان تقييده بالسلامه مطلقاً يؤدي الى المنع من التصرف وسد بابه ، وهو مفتوح اه .

وعلى هذا الاصل تفرعت المادة ٩٣٢ والمادة ٩٣٣ . وكذا ما اشارت اليه المجلة بقولها :

* فلو سقط عن ظهر الحمال حمل واتلف مال احد يكون الحمال ضامناً *

سواء تلف بالوقوع او بالعثرة به بعد الوقوع ، لان حمل المتاع في الطريق على رأسه او على ظهره مباح له ، لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف او

الى الصيد . وهذا بخلاف ما لو سقط عنه رداءه كان لابسه على شيء فتلف به ، فانه لا يضمنه . والفرق بينه و بين المحمول ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا يحرج بالتقيد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقيد بوصف السلامة ، فجعل في حقه مباحاً مطلقاً .

وعن محمد رحمه الله تعالى : اذا لبس زيادة على قدر الحاجة او ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ، ضمن ، لانه لاضرورة الى لبسه ، وسقوط الضمان باعتبار الضرورة ، لعموم البلوي (زيلعي)

ولو ادخل في مسجد المحله واحد من اهلها حصيراً او بواريَ او علق فيه قنديلا فسقط شيء منها على احد فاتلفه او اتلف شيئاً من ماله ، لا يضمن . ولو فعل ذلك احد من غير اهل تلك المحلة ، يضمن ، الا اذا كان بإذن اهل المحلة ، لان فعل الاهل مباح مطلق غير مقيد بالسلامة ، وفعل غيرهم مباح مقيد بها ، لأن تدبير المسجد لاهله دون غيرهم — والظاهر ان مسجد الجماعة حكمه مع جميع الناس حكم مسجد المحلة مع اهلها ، فلا يضمن بما ذكر .

ولو جلس في المسجد احد فتعثر به انسان ليلاً او اعمى فتلف او تلف شيء من ماله ، فان كان الجلوس للكلام المحظور ، يضمن الجالس اتفاقاً وان كان للصلاة و كذا لانتظارها ، او للاعتكاف على الصحيح ، لا يضمن اتفاقاً . وان كان لعمل لا يكون له اختصاص في المسجد ، كقرائة القرآن ودرس الفقه والحديث والذكر ، يضمن عند ابي حنيفة ، خلافاً لهما . ولا فرق في ذلك بين الجلوس في مجلس المحلة او في غيره ، وبين ان تكون فريضة او نفلا .

ونقل الزيلعي عن الحلواني ان اكثر المشايخ اخذوا بقولهما ، وعليه الفتوى . وفي العيني : و بقولهما قالت الايمة الثلاثة ، وبه يفتى اه (افاده في الدرر وحواشيه ومثله في الكنز وشروحه)

❋ و كذا اذا احرقت ثياب احد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضرب الحديد يضمن الحداد ثياب ذلك المار ❋

لا يخفى ان هذه الفقرة لا تعلق لها بهذا الاصل المذكور في صدر المادة ، ولا هي متفرعة عنها .

وفي الخانية ما نصه : ولو ان حداداً ضرب الحديد على حديد محمي فانتزعت شرارة من ضرب به على ثوب رجل يمر في الطريق فاحترق ، ضمن الحداد كأنه القى النار على ثوبه اه .

وذكر فيها ايضاً : ولو وضع في الطريق جمراً فاحترق به شيء ، كان ضامناً ، لانه كان متعدياً بوضع النار في الطريق . وان حركته الريح فذهبت به الى موضع آخر ثم احترق به شيء ، لا يكون ضامناً ، لانه لما تحول عن ذلك المكان انتسخ حكم الفعل الاول . قالوا : هذا اذا لم يكن اليوم ريحاً . فان كان ريحاً ، كان ضامناً ، لانه علم حين القاه في الطريق ان الريح تذهب به الى موضع آخر ، فيضاف التلف اليه ، فيكون ضامناً ، كالدابة المربوطة اذا جالت في رباطها فافسدت شيئاً

ولو ان رجلا مر في ملكه او في غير ملكه وهو يحمل ناراً فوقعت منها شرارة على ثوب انسان فاحترق ، ذكر في النوادر انه يكون ضامناً لانه لم يتخلل بين الحمل والسقوط واسطة ، فكان التلف مضافاً اليه .

ولو طارت الريح بشرر ناره والقته على ثوب انسان ، لا يضمن ، لأن الاحتراق حصل بالريح ههنا .

وذكر الزندويسي رحمه الله تعالى : اذا مر بالنار في موضع له حق المرور فهبت به الريح فوقعت على ثوب انسان فاحترق ، لا يكون ضامناً . فان لم يكن له حق المرور في ذلك الموضع ، كان ضامناً .

ولو هبت الريح بعمامة رجل والقتها على قارورة انسان فكسرت ، لا يضمن صاحب العمامة اه .

لكن في الهندية معزياً لخزانة المفتين ، قال بعض العلماء : ان مرّ بالنار في موضع له حق المرور فوقعت شرارة في ملك أنسان او القتها الريح ، لا يضمن . وان لم يكن له حق المرور في ذلك الموضع ، ان وقعت منه شرارة ، يضمن . وان هبت بها الريح ، لا يضمن . وهذا اظهر وعليه الفتوى اه .

المادة ٩٢٧ = ﴾ ليس لاحد الجلوس في الطريق العام ووضع شيء واحداثه بلا اذن اولي الأمر . واذا فعل يضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل . بناء عليه لو وضع احد على الطريق العام الحجارة وادوات العمارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن . كذلك لو كب احد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن ﴿

المراد بالطريق العام الطريق النافذة الواقعة في الامصار والقرى دون الطريق في المفاوز والصحاري ، لأنه يمكن العدول عنها غالباً ، كما في الزاهدي .

وطريق العامة ما لا يحصى قومه او ما تركه للمرور قوم بنوا دوراً في ارض غير مملوكة ، فهي باقية على ملك العامة وهذا مختار شيخ الأسلام ، والاول مختار الامام الحلواني ، كما في العمادي (قستهاني)

ومقابلة الطريق الخاصة ، اي المملوكة ، وهي غير النافذة . وليس كونها غير نافذة علة كونها مملوكة . فقد تنفذ وهي مملوكة ، وقد يسد منفذها وهي للعامة . لكن ذلك دليل على الملك غالباً ، فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه (كفاية عن الجامع الصغير لفخر الاسلام ، كذا في رد المحتار)

وفي الزيلعي ومجمع الانهر: ثم الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع ، احدها في انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا .

والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده .

والثالث في ضمان ما يتلف بذلك الحدث

اما الاحداث ، فقد قال شمس الائمة رحمه الله تعالى: ان كان الاحداث يضر بأهل الطريق ، فليس له ان يحدث . فان كان لا يضر بأحد لسعة الطريق ، حل له الاحداث فيه ما لم يمنعه احد منه ، لان الانتفاع في الطريق بالمرور منه من غير ان

يضر بأحد جائز ، فكذا ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه . واذا اضر بالمارة لا يحل له ، لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿لا ضرر ولا ضرار في الاسلام﴾ وهذا نظير من عليه الدين ، فانه لا يسعه التأخير اذا طالبه صاحبه . ولولم يطالبه جاز له تأخيره . وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء ، يجوز ان لم يضر بأحد . وان اضر لم يجز ، لما قلنا . وهذا ما مشت عليه المتون كالكنز والغرر والملتقى والتنوير وغيرها .

واما الخصومة فيه ، فقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : لكل احد من الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من ذلك ، وان يكلف الرفع بعد الوضع ، سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام . واما بأذنه ، فلا لافتيات رأي الامام رأيه ، لان التدبير في امور العامة الى الامام .

واما الضمان بالاتلاف ، فما اشير في هذه المادة بقوله « واذا فعل يضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل ، الى آخرها »

وبهذا تعلم ان ما في هذه المادة من انه ليس لاحد الجلوس في الطريق العام ... الخ ليس المراد منه انه لا يحل ، بل المراد ان لكل احد ان يمنعه ، سواء اضر او لم يضر حتى لو لم يمنعه احد ، يحل له ذلك ما لم يضر بالعامة ، فافهم .

وحاصل ما ذكروه في ضمان ما يتلف انه لو اخرج الى طريق العامة كنيفاً او ميزابا او جرصناً كبرج او مجرى ماء يركب في الحائط ، او جذع يخرجه من الحائط ليبني عليه ، او ممر على العلو مثل الرف او خشبة توضع على جداري السطحين ليتمكن من المرور او اشرع روشناً او ظلة او حفر في الطريق بالوعةاو وضع فيها خشبة او غرس الشجر او رمى الثلج او جلس للبيع والشراء او وضع الحجارة او القى التراب او اتخذ الطين فسقط على حيوان او عثر به حيوان فتلف ، فان كان فعل شيئا من ذلك باذن ولي الامر ، لا ضمان عليه ، والا ضمن .

قال الزيلعي : لانه متسبب لهلاكه متعدفي احداث ما يتضرر به المارة باشغال هواء الطريق به ، او باحداث ما يحول بينهم وبين الطريق . وكذا اذا عثر بنقضه انسان .

ولو عثر بما احدث هو رجل فوقع على آخر فماتا ، فديتهما على عاقلة من

احدثه ، لان الواقع كالمدفوع على الآخر .

ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله، فلا ضمان على احد، لانه وضع ذلك الداخل في ملكه ، فلا يكون متعدياً فيه . وان اصابه ما كان خارجاً منه ، فالضمان على من وضعه ، لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق . ولو اصابه الطرفان وعلم ذلك ، وجب النصف وهدر النصف ، فصار كما اذا جرحه انسان وسبع ومات منهما . ولو لم يعلم اي طرف اصابه ، ففي القياس لا يجب عليه شيء منهما . وفي الاستحسان يضمن النصف ، لانه في حال يضمن الكل ، وفي حال لا يضمن شيئاً ، فيضمن النصف .

ولو اشرع جناحاً الى الطريق ثم باع الكل فاصاب الجناح رجلا فقتله ، او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتى عطب بها انسان ، فالضمان على البائع ، لان فعله لم ينسخ بزوال ملكه ، وهو الموجب ، بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على انسان ، حيث لا يضمن البائع ولا المشتري ، لان المشتري لم يشهد عليه ، وهو شرط في الحايط المايل . وفي حق البايع قد بطل الاشهاد الاول ، لان الملك شرط لصحة الاشهاد ، فيبطل بخروجه عن ملكه ، لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير . وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك ، والاشغال باق بعد البيع ، فيضمن اه .

وفي الخانية : رجل كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان او دابة ، لا يضمن شيئاً ، لانه لم يحدث في الطريق شيئاً ، وانما قصد اماطة الاذي عن الطريق اه .

قال الزيلعي : حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان ، ضمن ، لوجود التعدي بشغله الطريق . ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فتلفت به نفس او مال ، كان ضمانه على من نحاه ، لان فعله الاول قد انتسخ ، وكذا اذا صب الماء في الطريق او رش او توضأ فعطب به نفس او مال ، يضمن ، لانه متعد فيه — بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة ، وهو من اهلها ، او قعد فيه او وضع خشبه او متاعه ، لان لكل احد من اهلها ان يفعل ذلك لكونها من

لضرورات السكنى ، كما في الدار المشتركة – بخلاف الحفر ، فانه ليس من ضرورات السكنى ، فيضمن ما عطب به ، كالدار المشتركة . قالوا هذا اذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق فيه عادة . واما اذا لم يجاوز المعتاد ، لا يضمن . ولو تعمد المرور في موضع الصب مع علمه بذلك ، لا يضمن الراش ، لانه هو الذي خاطر بنفسه ، فصار كمن وثب في البئر من جانب الى جانب فوقع فيها – بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلاً او اعمى .

وقيل : يضمن مع علمه ايضاً اذا رش جميع الطريق، لأنه مضطر الى المرور فيه . وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق وفي اخذها جميع الطريق او بعضه

ولو رش فناء حانوت بأذن صاحبه ، فضمان ما عطب على الآمر استحساناً اه

وفي الخانية : وحارس السوق اذا رش ، يضمن ما عطب به على كل حال اه .

وفي رد المحتار : لو استأجره ليشرع له جناحاً في فناء داره وقال له انه ملكي، ولي فيه حق الاشراع من القديم ولم يعلم الاجير فظهر بخلافه فسقط على انسان قبل الفراغ او بعده ، فالضمان على الاجير ، ويرجع على الآمر قياساً واستحساناً . وان اخبره بأن لا حق له في الاشراع او لم يخبره حتى بنى فسقط فالتلف ، ان قبل الفراغ ، ضمن ولا يرجع . وان بعده ، فكذلك قياساً ، لفساد الامر – كما لو امره بالبناء في الطريق . وفي الاستحسان يضمن الآمر ، لصحة الامر ، لان فناءه مملوك له من حيث ان له الانتفاع بشرط السلامة ، وغير مملوك من حيث انه لا يجوز له بيعه . فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ . ومن حيث الفساد يكون على العامل قبل الفراغ . وان استأجره ليحفر له في غير فنائه ، ضمن الآمر دون العامل اذا لم يعلم انه غير فنائه ، لصحة الامر حينئذ ، فنقل فعله الى الآمر لانه غرّه . فان علم بذلك ، ضمن اذ لا غرور ، فبقي الفعل مضافاً .

ولو قال انه فنائي وليس لي فيه حق الحفر، ضمن العامل قياساً ، اذ لا غرور . وفي الاستحسان يضمن الآمر ان كان بعد الفراغ .

ووجه الفرق بين الحفر والاشراع حيث ان الاجير في الاشراع اذا لم يعلم ضمن ورجع على الآمر ، وفي الحفر لم يضمن اصلاً ، هو ان الآمر متسبب ، ومشرع الجناح مباشر = بخلاف الحافر ، فأنه متسبب ايضاً ، والمتسبب يضمن اذا كان

متعديا ، والمتعدي هنا هو الآمر فقط اه مع بعض اختصار .

ثم افاد ان صاحب الهداية اخر الاستحسان مع دليله ، فدل على اعتماده .

وفي الهندية : اذا كان الهلاك بالثلج المرمي بأن زلق به انسان او دابة ، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى : ان كانت السكة غير نافذة ، فلا ضمان على الرامي . وان كانت نافذة ، يضمن الذي رمى بالثلج .

وقال الفقيه ابو الليث : هذا جواب القياس . ونحن نستحسن ونقول لا يجب الضمان ، سواء كانت السكة نافذة او غير نافذة . وبعض مشايخ زماننا قالوا : ان فعلوا ذلك باذن الامام او كانت السكة بحال يلحقهم حرج عظيم بنقل الثلج حتى عرف الاذن بالقاء الثلج وتركه دلالة ، فالجواب فيه كما قال الفقيه ابو الليث . والا فالجواب كما قال محمد رحمه الله تعالى .

وفيها : ولو ان رجلاً مر في الطريق فسقط ميتاً من غير جناية احد فعطب به انسان ، لم يضمن ، لا الميت ولا عاقلته . ولو ادركه مرض فوقع مغمي عليه او ادركه ضعف فلم يقدر معه على المشي فوقع على انسان فقتله ، او وقع على الارض حياً ثم مات فعثر به انسان ، فالضمان واجب على عاقلته . فان كان وقع على انسان فقتله ، فعليه الكفارة ولا ميراث له منه . وان كان وقع على الارض فعثر به عاثر ، فلا كفارة فيه ولا يحرم الميراث . وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اه .

المادة ٩٢٨ - ﴿ لو سقط حايط احد واورث غيره ضرراً لا يلزم الضمان . ولكن لو كان الحائط مايلاً للانهدام اولا وكان قد نبّه عليه احد وتقدم بقوله اهدم حائطك وكان قد مضى وقت يمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان . ولكن يشترط ان يكون المنبّه من اصحاب حق التقدم والتنبيه . اي اذا كان الحائط سقط على دار الجيران يلزم ان يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار ولا يفيد

تقدم احد من الخارج وتنبيهه . واذا كان قد انهدم على الطريق الخاص يلزم ان يكون الذي تقدم ممن له حق المرور في ذلك الطريق وان كان الانهدام على الطريق العام فلكل احد حق التقدم ﴿

يجب ان يعلم بأن الحائط المائل ان بناه صاحبه مايلاً في الابتداء ثم سقط على انسان فقتله او اتلف مال انسان ، فانه يضمن ، سواء تقدم اليه بالنقض او لم يتقدم . وان كان بناه غير مائل ثم مال بمرور الزمان ثم سقط على انسان او على مال فاتلفه ، هل يضمن صاحب الحائط ؟ - ان سقط قبل التقدم اليه بالنقض ، فإنه لا ضمان على صاحب الحائط في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى . واما اذا سقط بعد ما تقدم اليه بالنقض وتمكن من النقض بعد ذلك ولم ينقض ، فالقياس ان لا يضمن ايضاً ، وفي الاستحسان يضمن (هندية)

وانما كان القياس عدم الضمان مطلقاً ، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى ، لانه لم يوجد منه صنع هو تعدٍ ، لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط او سبب ، لأن البناء كان في ملكه مستقيماً ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله ، فلا يضمن .

ووجه الاستحسان انه مروي عن علي رضي الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من ائمة التابعين ، ولان الحائط لما مال فقد اشغل هواء الطريق بملكه ، ورفعه في قدرته . فاذا طولب بتفريغه ، لزمه ذلك . فاذا امتنع مع تمكنه منه صار متعدياً ، بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره ، يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم اذا طولب به ، حتى يضمن بهلاكه في يده بعده ، بخلاف ما قبل الاشهاد ، لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب (افاده الزيلعي وتمامه فيه)

اقول : وما ذكرناه عن الهندية من ان صاحب الحائط يضمن فيما اذا بناه مايلاً ، ظاهرٌ فيما اذا بناه بيده . اما لو استأجر رجلا ليبنيه مستقيماً فبناه مايلا ، فالظاهر ان الضمان على الاجير الباني ، لانه هو المتعدي باشغال هواء الطريق . ولا رجوع له على المالك الا اذا امره بأن يبنيه مايلاً ، ويحرر .

وافادت هذه المادة باشتراط كون الحليط مايلا للانهدام اولاً ، اي قبل المطالبة بالنقض ، انه لا يصح الطلب والاشهاد قبل ان يهي الحايط . و به صرح في الهندية وغيرها . قال الزيلعي : لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء .

وافاد قولها « و كان قد نبه عليه احد الخ » الى ان شرط الضمان مجرد طلب الهدم ، والاشهاد على ذلك ليس بشرط ، حتى لو طولب بالهدم من غير اشهاد ولم يهدم مع التمكن حتى سقط وتلف به شيء وهو يقر بالطلب ، ضمن .

وفائدة الاشهاد امكان اثبات الطلب عند الجحود ، كما في الدر وحواشيه وغيرها .

وتفسير التقدم ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط « ان حائطك مخوف » او يقول « مايل فانقضه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً » ولو قيل له ان حائطك مايل ينبغي لك ان تهدمه ، كان ذلك مشورة ولا يكون طلباً (هندية) ولو قال اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ، يصح ايضاً ، كما في الطوري .

وفي التمثيل للتقدم بقوله « اهدم حائطك » حيث اضاف الحائط الى المتقدم اليه ، اشارة الى انه يشترط لصحة التقدم ان يكون ممن له ولاية النقض ، كالمالك والاب والجد والوصي ، و كذا الام ، كما في الهداية ، فيما اذا كان الحائط مملوكا للصغير . قال في الدر المنتقى : فلو سقط حائط الصغير بعد الطلب من وليه ، كان الضمان في مال الصبي . فلو بلغ او مات الولي بعد الطلب ، فلا يضمن بالتلف بعده ، كما في العمادية وغيرها اه .

وفي التنوير وشرحه الدر : ولو تقدم الى من لا يملك نقضه ممن يسكنها باجارة او اعارة او الى المرتهن او الى المودع ، لا يعتد به ، لعدم قدرتهم على التصرف . فلو سقط بعد التقدم الى من ذكر واتلف شيئاً ، فلا ضمان اصلاً لا على ساكن ولا مالك اه .

وفي الهندية : ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد التقدم ، برأ عن الضمان ، ولا ضمان على المشترط . فان اشهد على المشتري بعد شرائه ، فهو ضامن ولو جن جنوناً مطبقاً بعد الاشهاد او ارتد

والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب وقضي بلحاقه فأفاق المجنون او عاد المرتد مسلما فردت عليه الدار ثم سقط الحائط بعد ذلك فاتلف شيئاً ، كان هدراً . وكذلك لو باع الدار بعدما اشهد عليه ثم ردت عليه بعيب بقضاء اوغيره او بخيار روية اوبخيار شرط للمشتري ثم سقط الحائط اواتلف شيئاً ، لا يجب الضمان الا باشهاد مستقبل بعد الرد ، ولو كان الخيار للبائع فان نقض البيع ثم سقط الحائط واتلف شيئاً ، كان ضامناً . واذا تقدم الى مشتري الدار في حائط منها مائل ، وهوفي الخيار في الشراء ثلاثة ايام ، ثم ردالدار بالخيار ، بطل الاشهاد . ولو اوجب البيع لم يبطل . ولو كان اشهد على البائع في تلك الحالة ، لم يضمن . ولو كان الخيار للبائع فتقدم اليه فيه ، فان نقض البيع ، فالاشهاد صحيح . وان اوجبه بطل الاشهاد . ولو تقدم الى المشتري في تلك الحالة ، لم يصح التقدم اه .

ولا يشترط لخروجه عن ملك البائع ان يقبضه المشتري ، كما في عامة الكتب . وما في الهداية من التقييد به ، اتفاقي (افاده في رد المحتار معزياً للقهستاني)

وفي المنح : فان قلت : هل قولهم خرج عن ملكه ببيع ، قيداً اولا = قلت : ؟ ليس بقيد ، بل غير البيع كذلك ، كالهبة ونحوها ، كما في الحاوي القدسي اه

ويشترط في المتقدم (بكسر الدال) ان يكون من اهل الطلب . فيشترط في الصبي والعبد اذن وليه ومولاه بالخصومة (كذا في الدر معزياً للزيلعي)

ويشترط فيه ايضاً ان يكون من اصحاب الحق . والحق في طريق العامة للعامة فيكتفي بطلب واحد من العامه . وفي السكة الخاصة لاصحاب السكة ، فيكتفي بطلب واحد منهم . وفي الدار يشترط طلب الساكن والمالك (هندية)

وفيها عن المحيط ما نصه : رجل مات وترك ابناً له وداراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها وفيها حائط مائل الى الطريق ولا وارث للميت غير هذا الابن ، فالتقدم في الحائط اليه ، وان كان لا يملكها . وان وقع الحائط بعد التقدم ، كانت الدية على عاقلة الاب دون عاقلة الابن اه .

اقول : الظاهر انه لو كان المتلوف مالاً فضمانه في تركة المتوفي ، لان العاقلة لا تضمن المال ، وليراجع .

وفي الهندية عن المبسوط : واذا تقدم في الحائط الى بعض الورثة ، فالقياس

ان لا ضمان على احد منهم ، ولكنا نستحسن فنضمن هذا الذي اشهد عليه بحصة نصيبه مما اصابه من الحايط اه وكذا اذا تقدم الى احد الشركاء في الحائط ، فانه يضمن بقدر حصته منه استحساناً ، وفي القياس لا يضمن لعدم تمكنه من النقض وحده

وجه الاستحسان انه متمكن من النقض بمباشرة طريقه ، وهو المرافقة الى القاضي بمطالبة شركائه ، فصار مفرطاً فيضمن بقسطه (افاده في الدر وحواشيه)

وفي الهندية : رجل اشهد عليه في حائط مال الى دار رجل فسئل صاحب الحائط من القاضي ان يؤجله يومين او ثلاثة ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط واتلف شيئاً ، كان الضمان واجباً على صاحب الحائط . ولو اجله رب الدار او ابرأه من المطالبة او فعل ذلك سكانها ، صح ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط . ولو سقط الحائط بعد مضي مدة الأجل ، كان ضامناً . ولو اشهد عليه في الطريق ثم استمهل من القاضي فأجله ، فهو باطل . وكذلك لو لم يؤخره القاضي ولكن اخره الذي اشهد عليه ، لا يصح ، لا في حق غيره ولا في حق نفسه اه .

واستظهر في رد المحتار ان الحائط المايل الى طريق الخاصة كذلك ، يعني كالطريق العامة من حيث انه لا بد من تأجيل كل اهلها او ابرائهم ، تأمل اه .

وفي الخانية : حائط لرجل بعضه مايل الى الطريق وبعضه مايل الى دار قوم فاشهد عليه اهل الدار فسقط ما كان مايلاً الى الدار على اهلها ، كان صاحب الحائط ضامناً ، لان الحائط واحد فصح الاشهاد من اهل الدار فيما كان مايلا الى ملكهم وفيما كان مايلا الى الطريق ، فاهل الدار من جملة العامة فصح اشهادهم . وان كان الذي اشهد على صاحب الحائط من غير اهل الدار ، صح اشهاده فيما كان مايلا الى الطريق . واذا صح الاشهاد في البعض صح في الكل اه .

ويشترط للضمان ان تمضي مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد ، حتى اذا اشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه ، لا يضمن ما تلف به ، كما في الزيلعي وغيره . والى هذا الاشارة بقوله هنا « وكان قد مضى الخ »

قال في رد المحتار ، معزياً الى القهستاني : فلو ذهب بعد الطلب لطلب من يهدمه وكان في ذلك حتى سقط الحائط ، لم يضمن ، لان مدة التمكن من احضار الاجراء مستثناة في الشرع اه .

وفي الخانية : حائط مال الى دار قوم فاشهد عليه القوم او احدهم ثم سقط الحائط واتلف شيئاً من القوم او غيرهم ، كان ضامناً . وكذا العلو اذا وهى او تصدع فاشهد اهل السفل على اهل العلو اه .

وفي الهندية : حائط اعلاه لرجل واسفله لآخر فمال فتقدم الى احدهما ، ضمن المتقدم اليه نصف الدية اذا سقط كله . وان سقط اعلاه وقد تقدم الى صاحبه ، ضمن صاحب العلو دون صاحب السفل اه .

وفي الخانية : سفل لرجل وعلو لآخر ، وهي الكل فاشهد عليهما ثم سقط العلو وقتل انساناً ، كان الضمان على صاحب العلو ، لان العلو غير مدفوع بل سقط بنفسه ، فصح الاشهاد فيه على صاحبه ، فما هلك بالعلو يضمن صاحبه اه .

وفي الخانية : حائط بعضه صحيح و بعضه واه فأشهد عليه فسقط الواهي وغير الواهي وقتل انساناً ، يضمن صاحب الحائط ، الا ان يكون الحائط طويلا بحيث وهي بعضه ولم يه البعض ، فحينئذ يضمن ما اصاب الواهي منه ولا يضمن ما اصاب الذي لم يه ، لان الحائط اذا كان بهذه الصفة يكون بمنزلة حائطين احدهما صحيح والآخر واه ، فالاشهاد يصح في الواهي لا في الصحيح اه ومثله في الهندية عن الظهيرية .

وليتأمل في قوله « بعضه صحيح و بعضه واه الخ » مع قوله « بحيث وهي بعضه الخ » ولينظر ما تفسير الطويل والقصير ، وليحرر .

الاشهاد على الحائط اشهاد على النقض بالكسر ، فلو وقع الحائط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان بنقضه فمات ، ضمن ، لان النقض ملكه . فتفريغه عليه وان عثر رجل بقتيل ، مات بسقوطها اي الحائط لا يضمنه ، لان تفريغه للأولياء لا اليه ، بخلاف الجناح ، حيث يضمن ر به القتيل الثاني ايضاً ، لبقاء جنايته ، فيلزمه تفريغ الطريق عن القتيل ايضاً . يؤيده انه لو باع الحائط اوالنقض ، برأ . ولو باع الجناح ، لا (كذا في التنوير وشرحه الدر)

قال في حاشية رد المحتار : ان اشراع الجناح في نفسه جنايــة ، وهو فعله ، فصار كأنه القاه بيده عليه ، فكان حصول القتيل في الطريق كحصول نقض الجناح في الطريق . ومن القى شيئاً في الطريق كان ضامناً لما عطب به وان لم يملك

تفريغ الطريق عنه = بخلاف مسئلة الحائط ، فان نفس البناء ليس بجناية . وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانياً . لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ . والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل ، فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الاول لا في القتيل الثاني اه .

مسجد مال حائطه ، فالاشهاد على من بناه ، والدية على عاقلة من بناه . وحائط الوقف على المساكين على عاقلة الواقف (كذا في الدر) قال في حاشية رد المحتار : واما جنايات الاموال ، فليست على العاقلة . فالظاهر انها في مال الباني والواقف فيحرر . وذكر الرملي انه لا يؤخذ من مال الوقف لانه لا ذمة له اه .

اذا كان الرجل على حائط له مايل او غير مايل فسقط به الحائط فأصاب من غير عمله انساناً فقتله ، فهو ضامن في الحائط المائل اذا كان قد تقدم اليه فيه ، ولا ضمان عليه فيما سواه ، ولو كان هو سقط من الحايط من غير ان سقط الحائط فقتل انساناً ، كان هو ضامناً . ولو مات الساقط نظرت في الاسفل : فان كان يمشي في الطريق ، فلا ضمان عليه ، وان كان واقفاً في الطريق قايماً او قاعداً او نايماً ، فهو ضامن لدية الساقط عليه ، وان كان الاسفل في ملكه ، فلا ضمان عليه ، وعلى الاعلى ضمان الاسفل في هذه الحالات ، وكذلك ان تغفل فسقط او نام فتقلب فسقط ، فهو ضامن لما اصاب الاسفل ، وعليه الكفارة في ذلك اه (هندية)

وفيها : وضع جرة على حايط فسقطت على رجل فاتلفته ، لم يضمن لانه قد انقطع اثر فعله بوضعه على الحائط ، وهو في هذا الوضع غير متعد ، فلا يضاف اليه التلف اه

وفيها : رجل تقدم اليه في حائط مايل له فلم ينقضه حتى وقع على حائط لجاره فهدمه ، فهو ضامن لحايط الجار ، ويكون للجار الخيار : ان شاء ضمنه قيمة حائطه والنقض للضامن وان شاء اخذ النقض وضمنه النقصان . ولو اراد ان يجبره على البناء كما كان ، ليس له ذلك . ولو جاء انسان وعثر بنقض الحائط الاول ، فالضمان على عاقلة المتضمن اليه ، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى ، وان عثر بنقض الحايط الثاني قبل تضمين صاحب الحايط الاول او بعده ، فلا ضمان على احد . ولو كان الحايط الثاني ملك صاحب الحايط الاول ايضاً ، يضمن

صاحب الحايط من عثر بالثاني .

حائطان مايلان اشهد عليهما فسقط احدهما على الآخر فهدمه ، فما تلف بوقوع الاول او الثاني او بنقض الاول ، فعلى مالك الاول . وما تلف بنقض الثاني ، فهو هدر . ولو كان مكان الحايط الاول جناح اخرجه رجل الى الطريق ووقع على حايط مائل لرجل تقدم اليه ووقع الحائط على رجل فقتله ، او عثر رجل بنقض الحايط بعد ما وقع على الارض ، فذلك كله على صاحب الجناح (كذا في الهندية)

- الفصل الرابع -

﴿ في جنايـة الحيوان ﴾

قد عقد الفقهاء في كتبهم باباً ذكروا فيه احكام جناية الحيوان واحكام الجناية عليه . ولم يذكر في هذا الفصل سوي احكام جنايته ، اكتفاء بالمواد المتقدمة في الفصل الاول والثاني والثالث من هذا الباب .

لكن قد ذكروا هنا احكاماً لم تذكر في الفصول المذكورة ، فقالوا : يجب في فقأ عين دجاجة وحمامة وغيرها من الطيور ، وكذا في فقء عين شاة وكلب وسنور ، ما نقصها . فتقوم صحيحة ومفقوءة ، فيضمن الفضل ، لان وجوب النقصان هو الاصل في ضمان المتلفات . ويجب في فقأ عين حمار و بغل وفرس ، وكذا في فقأ عين بقرة وجزور وان معدة للحم ، ربع القيمة على خلاف القياس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا اقضى عمر رضي الله عنه . قالوا : لأن فيها مقاصد سوي اللحم الى الركوب والزينة والحمل والعمل . فمن هذا الوجه تشبه الآدمي . وقد تمسك للأكل ، ومن هذا الوجه تشبه المأكولات . فعملنا بالشبهين ، بشبه الآدمي في ايجاب الربع دون النقصان ، وبالشبه الآخر في ايجاب الربع دون النصف .

وعلل بعضهم بان اقامة العمل انما يمكن بأربعة اعين ، عيناها وعينا مستعملها ،

فصارت كأنها ذات اعين اربع . واوردوا على هذا التعليل انه يلزم عليه وجوب نصف القيمة في فقأ عيني الحمار ، مع ان الذي ذكره الزيلعي ان المالك حينئذٍ مخير : ان شاء تركه على الفاقئ وضمنه القيمة ، وان شاء امسكه وضمنه النقصان . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه .

اقول : اما الايراد المذكور ، فمدفوع بأن ايجاب الربع في العين الواحدة ، ثبت بالنص على خلاف القياس ، كما علمت . وفي ايجاب الخيار للمالك في الاثنين رجوع الى القياس ، فلاملازمة .

واما التعليل الاول ، فيرد عليه انه لا يظهر وجه الشبه بالآدمي في فقأ عين الحمار والبغل ، فانه لا يمسك للأكل ولم ار من تعرض لهذا ، فليتأمل . وافاد في رد المحتار ان النقصان شامل للحاصل بالمزال من فقأ العين .

ثم ان التقييد بفقأ العين في الحمار وما عطف عليه ، لانه لو قطع اذنها او ذنبها يضمن نقصانها . ولو قطع لسان الثور او الحمار ، فقيل يضمن النقصان ، وقيل جميع القيمة ، لفوات الاعتلاف . وجزم بالاخير في تحفة الاقران والقنية . واما لو قطع يده او رجله ، فقد قدمت في شرح المادة (٨٩٩) ان قطع يد ما يؤكل لحمه ، كذبحه ، فيخير المالك بين اخذه ويضمن الناصب النقصان ، او تركه ويضمنه جميع القيمة . وان كان مما لا يؤكل لحمه كالحمار ، فان كان يمكن الانتفاع منه بشيء ولو بجلده ، فكذا الحكم ، والا بأن قتله قتلاً ، فالمالك مخير بين اخذه ولا يضمن الغاصب شيئاً ، اذ لا نقصان حينئذٍ حتى يضمنه اياه . وانما هو استهلاك ، او تركه ويضمنه جميع القيمة . وعلى هذا يحمل ما ذكره في الدر في باب جناية البهيمة وعليها .

وفي صرة الفتاوي ، معزياً للخلاصة : رجل حلق شعر كتف دابة او نتف الشعر من اذنها ، فانه يؤجل سنة كما في شعر الآدمي . فان نبت ، والا يقوم مع الشعر ومع غير شعر ، فيرجع بنقصان ما بينهما اه .

وفيها عن شرح الطحاوي : دية الكلب الماشي خلف الغنم عشرون درهماً ودية كلب المزارعة قفيزان من الطعام . ودية كلب البيت عشرون درهماً اه .

المادة ٩٢٩ = ﴿ الضرر الذي ينشأ من تلقاء الحيوان لا يضمنه صاحبه . انظر الى المادة (٩٤) ولكن لو استهلك حيوان مال احد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن . و يضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما اتلفاه اذا تقدم احد من اهل محلته او قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ ﴾

قد اندرج في هذه المادة ثلاث مسايل : الاولى : ما في الدر وحواشيه من ان الدابة اذا انفلتت بنفسها ولو في الطريق او في ملك الغير ليلاً او نهاراً فاصابت مالاً او آدمياً ، لا ضمان على صاحبها ، لقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ العجماء جبار ﴾ وفي رواية الصحيحين والامام مالك واحمد واصحاب السنن ﴿ العجماء جرحها جبار ﴾ وهذا معنى ما تقدم في المادة (٩٤) من ان جناية العجماء جبار .

والتقييد بالمنفلتة لاخراج المسوقة والمركوبة والمقودة في الطريق او في ملك الغير او المرسلة في الطريق ، فان فعلها معتبر كما سيأتي بيانه في هذا الفصل .

المسئلة الثانية : ما ذكره في الدر ، حيث قال : حمار يأكل حنطة انسان فلم يمنعه حتى اكل ، الصحيح ضمانه اه قال في رد المحتار : ظاهره ، ولو كان الحمار لغير الرائي ، وهو المستفاد من كلامه في كتاب اللقطة . والذي في القنية وغيرها « رأى حماره الخ » بالاضافة الى ضمير الرائي ، تأمل .

ثم رأيت في حاشية الرملي على الفصولين في احكام السكوت ما نصه : اقول: فلو رأى حمار غيره يأكل حنطة الغير فلم يمنعه ، صارت واقعة الفتوى ، فأجبت بانه لا يضمن . والفرق ظاهر ، وهو ان فعل حماره ينسب اليه مع رجوع المنفعة له وامكان دفعه ، فتفويت علة الضمان = بخلاف حمار الغير تأمل اه .

المسئلة الثالثة ما حققه في رد المحتار من ان الحيوان الذي يخاف منه تلف الآدمي كالكلب العقور والثور النطوح والحصان الذي اعتاد الكدم ، له حكم

الحائط المايل . فإذا تقدم الى صاحبه بالاشهاد عليه واعقبه تلف ، سواء كان المتلف مالاً او آدمياً ، فان صاحبه يكون ضامناً على ماعليه الاكثر، و به صرح في الفصولين ، وافتى به في الخيرية والحامدية = خلافاً لما في الدر من باب القود فيما دون النفس من ان الاشهاد انما يفيد في الحايط لا في الحيوان .

قال في الخيرية : وفي المسئلة خلاف ،والاكثر على الضمان كالحايط المايل اه.

واما الحيوان الذي يخاف منه تلف المال دون الآدمي كالكلب الذي اعتاد اكل العنب ، فان الاشهاد فيه لا يفيد شيئاً ، فلا ضمان على صاحبه لو اكل عنب الغير بعد الاشهاد اه = قال وقد وقع الاستفتاء عمّن له نحل يضعه في بستانه فيخرج فيأكل عنب الناس وفواكهم ، هل يضمن رب النحل ما اتلفه النحل من العنب ونحوه ؟ — وجوابه انه لا يضمن ر به شيئاً مطلقاً ، اشهدوا عليه ام لا ، اخذاً من مسئلة الكلب ، بل اولى . ولان النحل ماذونة من الله تعالى بقوله تعالى ﴿ ثم كلي من كل الثمرات ﴾ هذا هو الموافق للمنقول صريحاً ودلالة ، خلافاً لما افتى به صاحب التنوير في فتاواه .

ثم هل يؤمر صاحب النحل المذكور بتحويل نحله عن ملكه ؟ = مقتضى ما افتى به المتأخرون من المشايخ من ان الانسان ليس له ان يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بالجار ضرراً بيناً ، انه يؤمر بالتحويل اه (هذا ما حرره في رد المحتار)اقول: وقد حصروا الضرر البين فيما يهدم البناء او يوهنه اويمنع من الانتفاع بالكلية، فتأمل.

المادة ٩٣٠ = ﴿ لا يضمن صاحب الدابة التي اضرّت بيديها او رجلها او ذيلها حال كونها في ملكه راكباً كان او لم يكن ﴾

الا اذا وطئت بيدها او رجلها وهو راكبها ، فانه يضمن لان الايطاء مباشرة ، لان الاتلاف حصل بثقله حتى يحرم الميراث وتجب عليه كفارة القتل، وغير الايطاء تسبب ، وفيه يشترط التعدي ، فصار كحفر البئر في ملكه ، وفي المباشرة لا يشترط التعدي .

بالكسر . وينبغي ان لا يملكه ايضاً اه .

قلت : وما تقدم عن الهندية نصٌّ فيما بحثه .

المادة ٩٢١ — ﴿ ليس للمظلوم ان يظلم آخر بما انه ظُلِم مثلاً لو اتلف زيد مال عمرو مقابلة بما انه تلف ماله يكونان ضامنين . وكذا لو اتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما ان بكرا الذي هو من تلك القبيلة اتلف ماله يضمن كل منهما المال الذي اتلفه . كما انه لو انخدع احد فاخذ دراهم زايفة من احد فليس له ان يصرفها لغيره ﴾

لأن نفس الظالم لا يجوز ظلمه ، بل انصافه . ولهذا اوجبوا على الغاصب فيما اذا زاد في المغصوب كما اذا صبغ الثوب او فتل اهدابه بحرير من عنده ضمن قيمة الثوب المغصوب دون رد عينه ، لئلا تتلف عليه الزيادة . وعللوا ذلك بأن الظالم لا يظلم كما تقدم وهذا لقوله تعالى ﴿ ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ قالوا : المثلية الكاملة لا تتحقق الا بأخذ مثل المتلوف ان مثلياً ، او قيمته ان قيمياً . وهذا في نفس الظالم ، فكيف بمن كان من قبيلته كالمثال الثاني ، او من نوعه البشري كما في المثال الثالث . وقد قال الله تعالى ﴿ ولا تزر وازرة وزر اخرى ﴾ وصرحت المادة (١٩) ان لا ضرر ولا ضرار ، وهو لفظ حديث اخرجه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرك والبيهقي والدارقطني من حديث ابي سعيد الخدري وابن ماجة من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم ، كما في القاعدة الخامسة (الضرر يزال) من الأشباه وقال : وفسره في المغرب بأنه لا يضر الرجل اخاه ابتداءً ولا جزاءً اه

الضرر الذي ينشأ من تلقاء الحيوان لا يضمنه صاحبه ، لان العجماء جرحه جبار ، اي هدر — بخلاف ما لو ادخلها هو في ملك غيره ، فانه يضمنه في جميع الاحوال ، لوجود التعدّي بالادخال ، فلا فرق بين ان يكون مباشراً بأن وطئت وهو راكبها ، او متسبباً (افاده في رد المحتار وغيره)

المادة ٩٣٢ — ﴿لكل واحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه . بناء عليه لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسار الذين لا يمكن التحرز عنهما . مثلاً لو انتشر من رجل الدابة غبار او طين ولوث ثياب الآخر او رفصت برجلها المؤخرة او لطمت بذيلها واضرت لا يلزم الضمان . ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها او لطمة يدها او راسها لامكان التحرز من ذلك﴾

والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة ، بمنزلة المشي ، لان الحق في الطريق مشترك بين الناس ، فهو يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه ، فالاباحة مقيدة بالسلامة .

وانما تقيدت بها فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه ، لانا لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه ، يتعذر عليه استيفاء حقه ، لانه يمتنع عن المشي والسير مخافة ان يبتلي بما لا يمكن ان يتحرز عنه ، والتحرز عن الوطء والاصابة باليد او الرجل ، والكدم وهو العض بمقدم الاسنان ، والخبط وهو الضرب باليد والصدم وهو الضرب بنفس الدابة وما اشبه ذلك ، في وسع الراكب اذا امعن النظر في ذلك . واما ما لا يمكن التحرز عنه كما اذا نفحت برجلها ، يعني ضربت بحافرها او ذنبها ، فلا يضمن . وهذا اذا كانت سايرة . فاذا اوقفها

الراكب في الطريق ، ضمن بالنفحة ، سواء كان بالرجل او بالذنب ، لانه يمكن التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفح ، فصار متعدياً بالايقاف وشغل الطريق به (كذا في مجمع الانهر) وتقدم هذا الاصل في شرح المادة (٩٢٦) معزياً للزيلعي .

وذكر في الدر وحواشيه انه لو عطب انسان بما راثت او بالت في الطريق سائرة او واقفة لاجل ذلك ، اي لاجل الروث او البول ، لان بعض الدواب لا يفعله الا واقفاً ، لا يضمن ، لان الاحتراز عن البول او الروث غير ممكن ، فجعل عفواً . فلو اوقفها لغيره فبالت ، ضمن لتعديه بايقافها . وسيأتي تمامه في المادة (٩٣٤) وشرحها .

وكذا لا يضمن لو اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غباراً او حجراً صغيراً ففقأ عيناً او افسد ثوباً ، لعدم امكان الاحتراز عنه . وهذا اذا لم ينخسها ولم ينفرها . اما لو نخسها ونفرها فاثارت غباراً او حصاة فاتلفت شيئاً ، ضمنه . ولو كان الحجر المثار كبيراً ضمن مطلقاً ، لامكان الاحتراز عنه ، لان الظاهر انه من عنفه في السوق ، فيوصف بالتعدي فيؤاخذ به اه ملخصاً

﴿ تنبيه ﴾

لو اصطدم فارسان، او ماشيان خطأً فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر عندنا ، لان هلاكه اما مضاف الى فعل نفسه او فعل صاحبه او فعلهما معاً . لا سبيل الى الاول لان فعله مباح لا يصلح في حق نفسه ان يضاف اليه الهلاك ، فضلا عن ان يصلح في حق الضمان . ولا الى الثالث لان ما يركب من صالح وغير صالح ليس بصالح : فثبت الثاني ، فانه وان كان فعلا مباحاً وهو المشي في الطريق ، الا انه في حق غيره يصلح ان يضاف اليه الهلاك ، فيصلح ايضاً في حق الضمان .

قيدنا الاصطدام بكونه خطأً لانهما لو كانا عامدين في الاصطدام ، يضمن كل واحد منهما نصف دية الآخر اتفاقاً .

وقيل هذا لو وقع كل واحد منهما على قفاه ، لتحقق فعل الاصطدام ، ولو وقع على وجهه ، فلا شيء على واحد منهما . وان وقع احدهما على قفاه والآخر على وجهه ،

فدم الذي وقع على وجهه هدر ، كما لو تجاذبا حبلاً فانقطع الحبل فماتا ، فان وقعا على ظهرهما فهما هدر ، لان كل واحد مات بقوة نفسه . وان وقعا على وجههما ، فعلى عاقلة كل منهما دية الآخر ، لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه . وان اختلفا اي وقع احدهما على القفا والآخر على الوجه ، فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره والذي على القفاء لا دية له . وان قطع آخر الحبل ، اي ان تجاذبا الحبل فقطعه انسان آخر فوقع كل منهما على القفا فماتا ، فديتهما على عاقلته ، اي عاقلة القاطع ، لانه مضاف الى فعله ، فكان سبباً (كذا في ملتقى الابحر وشرحه مجمع الانهر)

قال في رد المحتار : وانما نصفت الدية في العمد لا في الخطأ ، لان في الخطأ فعل كل منهما مباح ، وهو المشي في الطريق ، فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه ، كالواقع في بئر الطريق ، فانه لو لا مشيته ما وقع . ويعتبر بالنسبة الى غيره لتقييده بشرط السلامة . اما في العمد ، فليس بمباح ، فيضاف اليه ما وقع في حق نفسه ، فصار هالكا بفعله وفعل غيره . فيهدر ما كان بفعله ويجب ما كان بفعل غيره اه .

وفي حاشية ابي السعود ما ذكر من مسئلة الاصطدام ليس على اطلاقه ، بل هو محمول على ما اذا تقابلا ، لما في الاختيار : سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر ، لا ضمان على المقدم . وان عطب المقدم ، فالضمان على الآخر . وكذا في سفينتين اه .

المادة ٩٣٣ — ﴿ القائد والسائق في الطريق العام كالراكب يعني لا يضمنان الا ما يضمنه الراكب من الضرر ﴾

وكذا المرتدف مثلهم ، فيضمنون ما حدث في الطريق العام ، الا النفح . ولا يضمنون ما حدث في ملكهم او في ملك غيرهم باذنه ، الا في الوطء الى آخر ما تقدم (رد المحتار) قال في الدر : وصحح في الدرر انه مطرد ومنعكس اه اي كل ما يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد ، وما لا ، فلا .

قال في حاشية رد المحتار : وخالف القدوري في السابق ، فذكر انه يضمن النفحة بالرجل ، لانه بمرأى عينه ، فيمكنه الاحتراز . وعليه بعض المشايخ . واكثرهم على انه لا يضمن ، اذ ليس فيها ما يمنعها عن النفحة فلا يمكنه الاحتراز ، بخلاف الكدم ، لانه يمكنه كبحها بلجامها ، كما في شرح المجمع . وما صححه في الدرر هو قول الاكثر ، وصححه في الهداية والملتقى وغيرها . ثم كان الراكب والسايق والقايد متساوون في الضمان حال الانفراد ، فكذا هم متساوون حال الاجتماع على الصحيح . فان وجد سابق وراكب او سابق وقائد او راكب وقائد ، فالضمان عليهما ، كما في حاشية الشلبي على الزيلعي ، معزياً للامام الاسبيجابي . وقيل لا يضمن السائق اذا وجد مع الراكب ما وطئت الدابة ، لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا آنفاً ، والسائق مسبب ، والاضافة الى المباشر اولى ، والصحيح الاول خلافاً لما في الدر ، لان المسبب انما لا يضمن مع المباشر ، اذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في حفر البئر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيئاً بدون الالقاء . واما اذا كان السبب شيئاً يعمل بانفراده ، فيشتركان ، وهذا منه ، فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب ، بخلاف الحفر فانه ليس يتلف بلا القاء وعند الالقاء وجد التلف بهما فاضيف الى آخرهما ، كما قالوا في سفينة مملوءة بالطعام اذا جاء رجل وطرح فيها منا زايداً فغرقت السفينة ، كان الضمان على الذي وضع المن الزائد اه ملخصاً من حاشية الشلبي ورد المحتار . قال فيه : وفي الولوالجية : الراكب والسايق والقائد والرديف في الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع — هو الصحيح ، وان كان الراكب مباشراً ، لان السبب هنا يعمل في الاتلاف فلا يلغى ، فكان التلف مضافاً اليها بخلاف الحفر اه ملخصاً . وبه علم ان الصحيح ما جزم به القهستاني يعني ضمان كل منهم مع الراكب . وقد أخره في الهداية فاشعر بترجيحه كعادته . وقدمه في المواهب والملتقى وعبرا عن مقابله بقيل ، فتنبه اه .

وهذا الذي ذكرناه حكم الضمان . واما حكم الكفارة ، فانما تجب على الراكب في الايطاء فقط ، وكذا على الرديف كما في رد المحتار عن الاتقاني . ولا تجب على القائد والسايق ولا على الراكب في غير الايطاء لانهم متسببون ، لانه لا يتصل فيهم شيء بالمحل ، بخلاف الراكب والرديف حالة الايطاء لانهما مباشران فيه ، لان التلف

بثقلها . وثقل الدابة تبع لها، فان سير الدابة مضاف اليها وهي آلة لها . وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب، حرمان الميراث والوصية دون السابق والقائد ، ودون الراكب والرديف في غير الايطاء، لانه يختص بالمباشرة ايضاً (افاده الزيلعي) وفي رد المحتار : وفي الهنديه عن المحيط في المنتقى : اذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وامامها قائد فوطئت انساناً ، فالدية عليهم ار باعا وعلى الراكب والرديف الكفارة اه .

المادة ٩٣٤ ـ ✵ ليس لاحد حق توقيف دابته او ربطها في الطريق العام . بناء عليه لو اوقف احد او ربط دابته في الطريق العام يضمن جنايتها على كل حال سواء رفصت بيدها او رجلها او ذيلها او جنت بسائر الوجوه . واما المحال التي اعدت لتوقيف الدواب كسوق الدواب ومحل وقوف دواب الكراء فمستثناة ✵

يعني ليس لاحد شغل الطريق بايقاف الدابة فيه . قال الرحمتي : فلو اوقفها للازدحام او لضرورة اخرى ، ينبغي انه ان امكنه العود او التخلص، يضمن، والا فلا . وقيد بالطريق لانه لو اوقفها في المفاوز في غير المحجة اي الطريق، لا يضمن . ولو بغير اذن الامام، لانه يضر الناس — بخلاف المحجة (افاده في رد المحتار معزياً للاختيار)

ويستثنى من ذلك ما اذا اوقفها لاجل الروث او البول لأن سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه ، فكما لا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت او بالت وهي تسير، فكذا لا يضمن فيما اذا اوقفها لذلك، لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفاً . وان اوقفها لغيره فبالت او راثت فعطب به انسان ، ضمن، لانه متعد بالايقاف اذ ليس هو من ضرورات السير . وهو اكثر ضرراً ايضاً من السير لكونه ادوم فلا يلحق به (افاده الزيلعي) وفي الدر متناً وشرحاً فلو اوقفها لغيره اي لغير الروث او البول، ضمن لتعديه بالايقاف ، الا في موضع اذن الامام بايقافها، فلا يضمن

ومنه سوق الدواب . واما باب المسجد ، فكالطريق ، الا اذا اعد الامام لها موضعاً اه قال في رد المحتار : اي اعد للدواب اي لوقوفها موضعاً عند باب المسجد ، فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه (ط) وقيد بالوقوف لانه لو كان سايراً في هذه المواضع التي اذن الامام فيها بالوقوف او قائداً او سايقاً ، فهو ضامن . ولا يزيل الضمان عنه اذن الامام وانما يسقط ما حدث من وقوف دابته في هذا الموضع ، راكباً اولا ، دون السير والسوق والقود (اتقاني) اه .

والظاهر ان اذن ولي الأمر من طرف الامام كاذنه . يشعر بهذا قوله في هذه المادة «اعدت الخ» بالبناء للمجهول ، تأمل . وتعبيره بـ«اولي الامر» في المادة (٩٢٧) تأمل وفي جامع الفصولين : ولو اوقفها في الطريق ولم يشدها يعني يربطها فسارت عن ذلك المكان واتلفت ، لم يضمن اذ لم يمكنها من ذلك ، فصارت كالمنفلتة وفي حاشية الرملي عليه ، معزياً للخانية : رجل اوقف دابة في غير ملكه وربطها فجالت في رباطها فاتلفت انساناً او شيئاً ضمن ، في اي موضع كان ما دامت في رباطها الى منتهى حبلها اه

المادة ٩٣٥ — ﴿ من سيّب دابة في الطريق العام يضمن الضرر الذي احدثته ﴾

الأصل ان الفعل الاختياري يضاف الى فاعله ولا تجوز اضافته الى غيره ، الا انا تركنا ذلك في فعل البهيمة اذا وجد من الغير السوق فاضفناه اليه استحساناً صيانة للأنفس والاموال . واذا لم يوجد منه السوق بقي على الأصل ، ولا تجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه لا مباشرة ولا تسبباً . ثم ان كانت الدابة المرسلة مما لا يحتمل السوق كالطير ، فرسلها لا يضمن اتفاقاً وان كان الاتلاف فور الارسال ، لان بدنه لما كان لا يحتمل السوق صار السوق وعدمه سواء . واما ان كان مما يحتمله كالدابة ، ضمن المرسل ما اتلفه فور الارسال مطلقاً ساقها اولا ، لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها . ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال ، الا اذا لم يكن طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت . وان ردها راد ضمن

الرادّ ما اصابت في فعلها ذلك ، لانه سابق لها ولا يرجع على سابقها الأول الا اذا كان بأمره . ولا فرق بين ارسال الكلب وارسال الدابة في هذا الحكم عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . وقالا بين الكلب والدابة فرق، وهو انه اذا ارسل الكلب لا يضمن وان اصاب في فور الارسال ما لم يكن سايقاً له ماشياً خلفه، لانه ليس بمتعد بارساله اذ لا يمكنه اتباعه واثبات اليد عليه، والمتسبب لا يضمن الا اذا تعدى . ولو ارسل دابة يضمن ما اصابت في فوره سواء ساقها ام لا، لانه متعد بارسالها في الطريق مع امكان اتباعها واثبات اليد عليها . وقول ابي يوسف اخذ به عامة المشايخ ، وعليه الفتوى . هذا ملخص ما في رد المحتار والزيلعي والهداية . وفي الهندية: ان المشائخ اخذوا بقول ابي يوسف ، ونقل عن ابي الليث انه المختار للفتوى . قال في الهداية : وهذا بخلاف ما اذا ارسل الكلب الى صيد فأصاب نفساً او مالاً في فوره حيث لا يضمن من ارسله وفي ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه . واما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي اه . وقد افاد هذا التعليل ان ارسال الكلب او البازي في الطريق لاجل الاصطياد ، ليس بتعدّ فلا ضمان ، بخلاف ارسال الدابة فيه فانه تعدٍ فتأمل وراجع ما كتبه في تكملة فتح القدير .

المادة ٩٣٦ — ❋ لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء بيدها او رجلها في ملكه او في ملك الغير واتلفته يعد الراكب قد اتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال ❋

لما قدمناه في شرح المادة (٩٣٠) من ان الايطاء ، مباشرة لان الأتلاف حصل بثقله حتى يحرم الميراث وتجب عليه كفارة القتل . وفي المباشرة لا يشترط التعدي — بخلاف غير الايطاء فانه تسبيب وفيه يشترط التعدّي .

المادة ٩٣٧ — ❋ لو كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على

ضبطها واضرت لا يلزم الضمان *

ولو كان الراكب سكران لانه حينئذ ليس بمسير لها، فلا يضاف سيرها اليه، فهي كالمنفلتة المتقدم حكمها في المادة (٩٢٩) افاده في الدر . قال في حاشيته رد المحتار : وذكر الرملي انهما لو اختلفا في عدم القدرة على ردها فالقول للخصم والبينة على مدعي العجز لان انكاره لاجل الضمان في ضمن الدعوى لا يفيد بعد تحقق سببه، تأمل اه ملخصاً اه .

المادة ٩٣٨ = * لو اتلفت الدابة التي كان قد ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي اتي بها صاحبها وربطها في ملك ذلك بلا اذنه لا يلزم الضمان واذا اتلفت تلك الدابة دابة صاحب الملك يضمن صاحبها *

هذا مقيد بما اذا كان ربطها بغير اذن صاحب الملك لانه متعد بالربط والمتسبب يضمن اذا كان متعدياً . اما اذا كان الربط باذن صاحب الملك، فلا ضمان . كما لا يضمن صاحب الملك مطلقاً لان كل واحد منهما غير متعد في المربط . اما صاحب الملك فظاهر، واما الاجنبي . فلأنه بالاذن صار له ولاية الربط كما تقدم في المادة (٩٣١) كما لصاحب الملك فكانا كالشريكين في الملك، كما سيأتي في المادة الآتية . وبهذا تعلم ان تصوير المسئلة في هذه المادة بكون ربط الاجنبي بغير اذن المالك، انما هو تمهيد للمسئلة الثانية وهي ضمان الاجنبي ما اتلفت دابته، لا تقييد للمسئلة الاولى، وهي عدم ضمان صاحب الملك ما اتلفت دابته، فانه لا فرق في عدم ضمانه بين ان يكون ربط الاجنبي باذنه او لا، كما هو ظاهر، فافهم قال في الانقروية معزياً للبزازية : في داره بعير ادخل عليها آخر بعيراً مغتلما اوغير مغتلم باذن صاحبها فقتل الداخل ذلك البعير ، لا يضمن . وان بلا اذنه ، ضمن اه والبعير المغتلم هو الذي سكر من فرط شهوته (فصولين) .

المادة ٩٣٩ — ❊ اذا ربط شخصان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه فأتلفت احدى الدابتين الاخرى فلا يلزم الضمان. مثلا لو اتلفت دابة احد الشريكين في دار دابة الآخر عند ما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان ❊

لما تقدم ان كل واحد من الشريكين له ولاية ايقاف الدابة وتسييرها في الملك المشترك وان كان احدهما شريكا في جزء يسير فلم يكن احدهما متعديا بالربط والتسبب بلا تعد ، لا يوجب الضمان، كما تقدم مراراً.

المادة ٩٤٠ — ❊ لو ربط اثنان دابتهما في محل ليس لهما فيه حق ربط الحيوان واتلفت دابة الرابط اولاً دابة الرابط موءخراً لا يلزم الضمان واذا كان الامر بالعكس يلزم الضمان ❊

ما ذكر في هذه المادة موافق لما في صرة الفتاوي عن غصب التتارخانية وعن الفضيلي حيث قال : ربط حماره في موضع فجاء آخر وربط حماره في ذلك الموضع فعض احد الحمارين الآخر فان كان لهما ولاية على ذلك الموضع بأن لم يكن طريق العامة ولا ملك احد فلا ضمان . والا فان كان المتأخر هو العاض، ضمن صاحبه. وان كان العاض هو الاول، فلا ضمان اه

قلت: ووجهه انه وان كان كل واحد منهما متعديا بالربط ، الا ان الذي ربط موءخراً هو المتسبب بالاتلاف دون الذي ربط اولاً ، والمتسبب المتعدي هو الضامن دون المتعدي بلا تسبب ، ودون المتسبب بلا تعد . هذا ما ظهر لي في توجيه هذه المادة لكن في الفصول العمادية معزيا لنجم الدين صاحب المحيط ربط: حماره في موضع

فربط آخر حماره في ذلك الموضع ايضاً فعض احد الحمارين الآخر، لا يجب الضمان اذا كان المربط في موضع لهما ولاية الربط فيه . وذكر في الجامع وفي الفتاوي: ولو ربط حماراً على سارية فجاء آخر وربط حماره على تلك السارية فعض احد الحمارين الآخر، ان لم يكن الموضع طريقاً ولا ملكا لأحد، فلا ضمان على صاحب الحمار بعدان يكون في المكان سعة، لأنه لو ضمن، ضمن بالربط والربط ليس بجناية . ذكر هذا التعليل قاضي ظهير . فان كان ذلك على طريق المسلمين او في موضع لم يكن لهما ان يربطا حمار بها، فهو ضامن لما اصاب حماره لان الربط جناية فما تولد منه ضمنه (التعليل من القاضي في فتاواه) وفي قاضي خان ذكر المسئلة ثم قال: ولو كان ذلك الموضع ملكا للأول، ضمن الثاني للأول ما افسد حمار الثاني . وان كان ملكا للثاني لا يضمن الثاني ما افسد حماره اه كذا في حاشية الرملي على الفصولين فانت تراه لم يفرق في الحكم بين من ربط اولا ومن ربط موخراً حيث يضمن من ليس له حق الربط ما اتلفت دابته سواء كان متقدماً في الربط او متأخراً، كما لا يضمن من له حق الربط مطلقاً، فليتأمل وليراجع . ولعل المسئلة خلافية وفي جامع الفصولين رامزاً لفتاوي القاضي ظهير : ارسل دابته في مرعى مباح فارسل آخر دابته فعضت الثانية الاولى، ضمن لو عضتها على الفور، والا فلا . ولو كان ذلك في مربط اجدهما لم يضمن صاحب المربط اه .

❋ فروع ❋

ولو ساق دابة فوقع السرج او شيء من ادواته كاللجام ونحوه على رجل فقتله ضمن لانه متعد في هذا التسبب، لان الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشد والاحكام فيه، فصار كأنه القايد فهو كوقوع ما حمله على عاتقه — بخلاف الرداء الملبوس اذا سقط وكان مما يلبسه الانسان عادة لانه لا يمكن الاحتراز عنه اذ لا بد منه (افاده في رد المحتار) قاد قطاراً فوطأ بعير انساناً ، ضمن عاقلة القائد الدية لان القائد عليه حفظ القطار كالسابق وقد امكنه التحرز عنه. فصار متعدياً والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان . غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله . فاذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبيب

لان قائد الواحد قائد للكل ، وكذا سابقه ، لاتصال الازمة . هذا اذا كان السائق في جانب الإبل . اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد ، يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه . ويضمنان ما تلف بما هو قدامه ، لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام ، والسابق يسوق ما هو قدامه . ولو كان رجل راكباً على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئاً ، لم يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه ، لانه ليس بسابق لها ، وكذا ما اصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها ، الا اذا كان آخذاً بزمام ما خلفه . اما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما اصابه بالايطاء . فان ذلك ضمانه على الراكب وحده ، لانه جعل فيه مباشراً حتى تجري عليه احكام المباشر ، على ما بينا ، كذا في الزيلعي . اقول : لكن قدمنا في شرح المادة (٩٣٣) عن محشيه الشلبي وعن رد المحتار ، ان الصحيح ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده ، وان الراكب والسابق والقائد والرديف في الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع ، وان كان الراكب مباشراً ، لان السبب يعمل في الاتلاف فلا يلغى ، فليراجع . فكان ما ذكرناه عن الزيلعي خلاف الصحيح ، فليتنبه . وان ربط بعيراً على قطار بغير علم قائده فعطب بالبعير المربوط انسان ضمن عاقلة القائد الدية ورجعت اي العاقلة بها على عاقلة الرابط (ملتقى) قال في شرحه مجمع الانهر : قالوا : هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ، ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه ، لتحقق الاتلاف منه . وانما ينفي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط = واما اذا ربط والابل واقفة ، ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون به على عاقلة الرابط ، لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحاً ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد اه ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها فنفحت او ضربت بيدها احداً او نفرت فصدمته فمات ، ضمن هو لا الراكب ، ان فعل ذلك حال السير ، لان الضارب او الناخس متعد في تسببه والراكب غير متعد . وان اوقفها في غير ملكه والمسئلة بحالها فالضمان عليهما نصفين . وان نفحت الدابة الناخس فدمه هدر لانه بمنزلة الجاني على نفسه . وان القت الراكب فمات ، فضمانه على الناخس اي على عاقلته . وهذا كله اذا فعل ذلك بلا اذن الراكب . فان فعله باذنه ، فهو كفعل الراكب ، فلا ضمان عليه في نفحتها ،

لان الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها، فاذا أمر غيره بما يملك مباشرته ، جعل فعل المأمور كفعل الآمر = لكن ان وطئت الدابة احداً في فورها من غير ان تميل يمنة او يسرة بعد النخس بالاذن ، فديته عليهما ، لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما . ولا يرجع الناخس على الراكب في الاصح ، لانه لم يأمره بالايطاء ، والنخس ينفصل عنه ، والتلف انما حصل بالوطء كما لو امر صبياً يستمسك على دابته بتسييرها فوطئت انساناً فمات ، ضمن عاقلة الصبي ديته ، ولا يرجعون بما غرموا من الدية على الآمر لانه امره بالتسيير ، والايطاء ينفصل عنه اه

وكذا الحكم في نخسها ومعها قائد او سابق ، يعني من قاد دابة او ساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت واصابت في فورها ، فالضمان على الناخس . وكذا اذا كان لها سابق فنخسها غيره ، لانه مضاف اليه . وان نخسها شيء منصوب في الطريق فالضمان على من نصبه ، لان الناصب متعد بشغل الطريق ، فاضيف اليه كما لو نخسها بفعل نفسه — ولا فرق بين كون الناخس صبياً او بالغاً ، لأن الصبي كالبالغ يؤاخذ بافعاله ، فيكون الضمان في ماله (اه من الملتقى وشرحه مجمع الأنهر)

اقول : قوله « وان اوقفها في غير ملكه الى قوله « عليهما نصفين » كتب عليه في رد المحتار ما نصه : قال الرملي : اقول : ظاهره ولو كان ، اي النخس ، بغير اذنه ، اي الراكب ، اذ هو موضوع مسئلة المتن . والمصرح به في الخلاصة والبزازية خلافه . قال في الخلاصة : واذا كان بأذنه ، فالضمان عليهما الا في النفحة بالرجل والذنب ، فانها جبار الا اذا كان الراكب واقفاً في غير ملكه فأمر رجلاً ، فنخسها فنفحت رجلا ، فالضمان عليهما . وان كان بغير اذنه فالضمان كله على الناخس اه

اقول : لا مخالفة بين ما في الخلاصة و بين ظاهر ما في الملتقى وشرحه وغيرهما من المتون والشروح ، الا في حالة واحدة ، وهي ما اذا كان الاتلاف بنفحة الرجل او الذنب ، فان الراكب وان اوقف الدابة في الطريق ، لا يضمن ما تلف بها ، الا اذا نخسها الاجنبي بأمره ، والا فالضمان كله على الناخس فقط .

الوجه فيه انه وان كان كل منهما متعدياً ، الناخس بالنخس والراكب

بالايقاف ، الا ان سبب التلف القريب هو النخس لاتصاله به ، دون الايقاف ، فانه منفصل عنه كوانما ضمن اذا نخسها بأمره ، لان فعل المأمور يضاف الى الآمر فكان الاتلاف مضافاً اليهما . ونقل الطحطاوي عن المنتقى بالنون : رجل واقف على دابته في الطريق ، فأمر رجلا فنخسها فقتلت رجلاً والآمر ، فدية الرجل عليهما ودم الآمر هدر . ولو سارت عن موضعها ثم نفحت من فور النخسة ، فالضمان على الناخس فقط . وان لم تسر فنفحت الناخس وآخر ، فدية الاجنبي عليهما ونصف دية الناخس على الراكب اه ملخصاً .

قال في رد المحتار : و به علم ان ضمانهما مقيّد ايضاً بما اذا لم تسر من موضعها ، والا ضمن الناخس فقط ، كما لو نخس بلا اذن الراكب اه .

وفي رد المحتار ايضاً : وفي الدر المنتقى ، وانما خص النخس لانه لو وضع يده على ظهر فرس عادته النفحة فنفح فاتلف ، لم يضمن — بخلاف النخس ، لان الاضطراب لازم للنخس دون وضع اليد ، كما في البرجندي عن القنية . اه .

وفي التتارخانية : وضع شيئاً في الطريق فنفرت منه دابة فقتلت رجلاً ، لا شيء على الواضع اذا لم يصب ذلك الشيء اه ومثله في الانقروية عن القنية : وذكرها في الخانية ايضاً ، ثم قال : و كذلك رجل اشهد على حايط مائل الى الطريق فسقط الحائط فنفرت منه دابة رجل فقتلت رجلاً ، لا يضمن صاحب الحائط المائل ، انما يضمن اذا سقط على انسان او دابة فقتله اه — لكن في (ط) عن محيط السرخسي : لو نفرت من حجر وضعه رجل على الطريق ، فالواضع بمنزلة الناخس اه .

وفي الهندية : ولو لم يوقفها الراكب على الطريق ولكن حرنت ووقفت فنخسها هو او غيره لتسير فنفحت انساناً ، فلا شيء عليهما اه .

وفيها : لو اكترى حماراً فاوقفه في الطريق على اهل مجلس فسلم عليهم فنخسه صاحبه او ضرب به او ساقه فنفح ، ضمنا ، وهو كالآمر بالسوق . واذا جمحت الدابة فضربها او كبحها باللجام فضربت برجلها او بذنبها ، لم يكن عليه شيء . و كذا لو سقط منها فذهبت على وجهها فقتلت انساناً ، لم يكن عليه شيء اه ولو ربط دابة في الطريق ثم باعها فقال للمشتري خليتك واياها فاقبضها ، كان ذلك قبضاً . فان جنت الدابة في رباطها ، فالضمان على البايع . وان جالت في رباطها عن موضعها ،

لا يبرأ البايع عن ضمانها ، ما لم يحل الرباط وتنتقل عن موضعها فقبل ذلك ماتلف بها كان ضمانه على البايع (خانيّة)

وفيها : رجل القى حيّة في الطريق ، فهو ضامن لما اصابت حتى تزول عن ذلك المكان اه .

رجل ركب دابة رجل قد اوقفها ربها في الطريق فنفحت انساناً فقتلته فالضمان على ربها وعلى الراكب نصفان . واذا اوقف الرجل دابة رجل في الطريق وربطها وغاب ، فامر رب الدابة رجلا حتى نخسها فنفحت رجلاً او نفحت الآمر ، فديته على الناخس . وان كان الآمر اوقفها في الطريق ثم امر رجلا حتى نخسها فقتلت رجلاً فديته على الآمر والناخس نصفان (هندية عن محيط)

﴿ الكتاب التاسع ﴾

- في الحجر والاكراه والشفعة -

« ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب »

انما جمع الحجر والاكراه والشفعة في كتاب واحد لان في كل واحد سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار ، كما لا يخفى .

- المقدمة -

﴿ في الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالحجر والاكراه والشفعة ﴾

المادة ٩٤١ - ﴿ الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور ﴾

يقال حجر عليه حجراً من باب قتل ، منعه من التصرف ، فهو محجور عليه . والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفاً (رد المحتار) واضافة المنع الى ما بعده من اضافة المصدر الى مفعوله .

والفاعل اما الشرع كما في حجر الرقيق والصبي والمجنون والمعتوه ، واما الحاكم كما في السفيه والمدبون . والشخص المخصوص هو من يستحق الحجر بالاسباب الآتية .

° قال في الدرر : وخص التصرف بكونه قولياً لان الحجر لا يتحقق في افعال الجوارح ومر° ان اثر التصرف القولي° لا يوجد في الخارج ، بل امر يعتبره الشرع كالبيع ونحوه . فاذا لم يوجد في الخارج ، جاز ان يعتبر عدمه = بخلاف التصرف الفعلي° الصادر عن الجوارح ، فانه لما كان موجوداً خارجياً لم يجز اعتبار عدمه ، كالقتل واتلاف المال - والا كان الحجر سفسطة اه .

والمراد من المنع عن التصرف القولي المنع عن نفاذه ، كما صرح به في الملتقى والدرر والنقاية والتنوير وغيرها ، يعني عن اثره المترتب عليه بحيث لا يفيد الملك بالقبض في العقود الدائرة بين النفع والضرر ، او يلغو اصلاً كطلاق الصبي والمجنون واعتاقهما . واورد على هذا التعريف انه غير جامع ولا مانع ، فان من التصرف القولي ما ينفذ ولا يكون المحجور ممنوعاً منه ، كالذي تمحض نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة . ومن التصرف الفعلي ما لا تعتبر صحته من المحجور ، كالزنا والقتل من الصبي او المجنون ، فانه محجور عليهما بالنسبة لحكمه ، وهو الحد او القصاص . فالمناسب في تعريف الحجر ما في الايضاح حيث قال : هو عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص او نفاذه اه = فدخل فيه نحو الزنا والقتل من التصرف الفعلي حيث لم يثبت حكمه ، وهو الحد او القتل في حق الصبي والمجنون . وخرج عنه نحو قبول الهبة والهدية والصدقة من التصرف القولي ، حيث ثبت حكمه وهو الملك بالقبض . هكذا ينبغي تقرير هذا المحل اخذاً مما حققه في رد المحتار .

وفي الهندية : هذه المعاني الثلاثة ، يعني الصغر والجنون والرق ، توجب الحجر في الاقوال التي تتردد بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء . واما الاقوال المتمحضة

نفعاً ، فالصبي فيها كالبالغ . ولهذا يصح منه قبول الهبة . والاسلام ولا يتوقف على اذن الولي ، ومثله العبد والمعتوه . واما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعتاق ، فانه يوجب الاعدام اصلاً في حق الصغير والمجنون ، دون العبد ولا توجب هذه المعاني الثلاثة الحجر في الافعال . حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة فكسرها ضمنها في الحال . وكذا العبد والمجنون ان اتلفا شيئاً ، لزمهما الضمان في الحال . واذا كان ذلك الفعل فعلاً يتعلق به حكم يندرأ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون ، حتى لا يجب عليه الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل (اه معزياً لشرح الهداية للعيني)

المادة ٩٤٢ — ❋ الاذن هو فك الحجر واسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي اذن مأذون ❋

في الكرماني ، يقال . مأذونٌ له او لها . وترك الصلة ليس من كلام العرب . وفي المصباح ان الفقهاء يحذفون الصلة لفهم المعنى .

وقوله « هو فك الحجر » اي في التجارة ، لان الحجر لا ينفك عن الصبي والمعتوه في غير باب التجارة كالاقراض والهبة ونحوها .

وقوله « واسقاط حق المنع » كالتفسير لقوله « فك الحجر » (افاده في رد المحتار)

المادة ٩٤٣ — ❋ الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني من لا يعرف ان البيع سالب للملكية والشراء جالب لها . ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغرير في العشرة خمسة و بين الغبن اليسير . و يقال للذي يميز ذلك صبيٌّ مميّز ❋

يظهر لي ان قوله « ولا يفرق بين الغبن الفاحش الخ » لا حاجة اليه ، لأنه من لوازم كونه لا يعرف ان البيع سالب للملكية والشراء جالب لها . نعم زادوا هذا القيد في تعريف المميز حيث قالوا : هو من يعقل البيع سالباً للملكية والشراء جالباً ، لأن من يعقل ذلك لا يفرق بين الغبن الفاحش واليسير ، فاحتاجوا لهذا القيد . ولما ورد على تعريف المميز ، كما في رد المحتار ، ان التفرقة بين الغبن الفاحش واليسير مختصة بحذاق التجار ، اولوا هذا القيد بان المراد منه ما يكون بالغبن الفاحش فيه ظاهراً لكل ذي عقل ، وذلك بأن يعرف ان الخمسة فيما قيمته عشرة مثلا غبن فاحش ، وان الواحد فيها يسير ، فمن لم يدرك الفرق بينهما فهو غير مميز ، فتدبر .

المادة ٩٤٤ — ❋ المجنون على قسمين احدهما المجنون المطبق وهو الذي جنونه يستوعب جميع أوقاته والثاني هو المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الاوقات مجنوناً و يفيق في بعضها ❋

يعني يزول عنه ما به بالكلية . وهذا كالعاقل البالغ في تلك الحالة (رد المحتار)

وافاد الطحطاوي ان الجنون داء يحل الدماغ باعثاً على الاقدام على ما يضاد العقل من غير ضعف في الاعضاء .

وفي التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الامور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بأن لا يظهر آثارها وتتعطل افعالها اما لنقصان جبل عليه دماغه في اصل الخلقة واما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط او آفة اه

المادة ٩٤٥ — ❋ المعتوه هو الذي اختل شعوره بان كان فهمه قليلا وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً ❋

الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون ، وهذا احسن ما قيل في تفسيره (رد المحتار)

المادة ٩٤٦ — * السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه و يضيع امواله و يتلفها بالاسراف · والذين لا يزالون يغفلون في اخذهم واعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون ايضاً من السفهاء *

قال في فوائد شتى الاشباه المذكورة آخر فن الفروق : السفيه المبذر المضيع لماله سواء كان في الشر بأن يجمع اهل الشراب والفسقة في داره ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء اليهم ، او في الخير بأن يصرف ماله في بناء المساجد واشباه ذلك ، فيحجر عليه القاضي صيانة لماله ·

وذكر الزيلعي ان السفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة ، وان يتصرف تصرفاً لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضاً ، مثل دفع المال الى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال · والغبن في التجارات من غير محمدة · واصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع ، والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب اهـ ·

والغفلة من اسباب الحجر عندهما والغافل ليس بمفسد ولا يقصده ، لكنه لا يهتدي الى التصرفات الرابحة ، فيغبن في البياعات لسلامة قلبه (ذكره الزيلعي)

وفي شرحها للحموي : الفرق بين التبذير والاسراف ان التبذير تجاوز في موضع الحق ، فهو جهل بمواقع الحقوق · والاسراف تجاوز في الكمية ، فهو جهل بمقادير الحقوق اهـ·

المادة ٩٤٧ – ❋ الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظة ماله و يتوقى من السرف والتبذير ❋

فهو من ليس بمغفل ولا سفيه . وفي التنوير وشرحه الدر : هو من كان مصلحاً في ماله فقط ، ولو فاسقا اه قال في رد المحتار : هو معنى ما في البيري عن التتف . الرشد عندنا ان ينفق فيما يحل ، ويمسك عما يحرم . ولا ينفقه في البطالة والمعصية ، ولا يعمل فيه بالتبذير والاسراف اه .

المادة ٩٤٨ – ❋ الاكراه هو اجبار احد على ان يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالاخافة . و يقال له المكره بفتح الراء . و يقال لمن اجبر مجبر . ولذلك العمل مكره عليه وللشي الموجب للخوف مكره به ❋

هذه الترجمة قلقة لان قوله « على ان يعمل عملا » متعلق باجبار ، وقوله « بغير حق » صفة له او حال منه . وقوله « من دون رضاه » متعلق بيعمل او صفة لعملا . وقوله « بالاخافة » متعلق باجبار ، فالاظهر في الترجمة ان يقول : هو اجبار احد بغير حق بالاخافة على ان يعمل عملا من دون رضاه .

وتقييد الاجبار بكونه بغير حق ، لان الاجبار بحق لا يعدم الاختيار شرعا ، كالعنين اذا اكرهه القاضي على الفرقة بعد مضي المدة . الا ترى ان المديون اذا أكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه ، بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق (افاده في رد المحتار)

والمراد بالعمل المجبر عليه ، ما يعم اللفظ وعمل سائر الجوارح ، كما في الدرر . والمراد بالاخافة يعني التهديد والوعيد ، ما يتناول الحكمي ، كما اذا امر بقتل رجل

ولم يهدد المأمور بشيء ، الا انه يعلم بدلالة الحال انه لو لم يقتله لقتله او قطعه الا مر ، فانه اكراه كما في رد المحتار عن القهستاني .

المادة ٩٤٩ — ﴿ الاكراه على قسمين الاول هو الاكراه الملجيء الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى اتلاف النفس او قطع عضو . والثاني هو الاكراه غير الملجيء الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد ﴾

وكل من القسمين معدم الرضى . لكن الملجيء ، وهو الكامل ، يفسد الاختيار ايضاً . وسيأتي تمام الكلام على ذلك في الباب الثاني . وقوله « غير المبرح » صفة للضرب . وقوله « المديد » صفة للحبس ، على طريق ترتيب اللف والنشر والمراد بغير المبرح ما لا يخاف منه تلف النفس او العضو او عضو العضو كالأنملة ، كما في رد المحتار عن الشرنبلالية . ومثله في حاشية الشلبي . لكن لا بد من ان يكون شديداً كما اشترط في الحبس ، او القيد ان يكون مديداً ، والا فحبس يوم او قيده او ضرب غير شديد ، لا يكون اكراهاً ، اذ لا يبالي بمثلها عادة ، فلا يعدم الرضى الا لذي جاه وعزة ، لان ضرره بذلك اشد من ضرر الضرب الشديد لغيره ، فيفوت به الرضى (افاده في الدرر والغرر)

وفيه عن المبسوط : الحد في الحبس الذي هو اكراه ما يجيء الاغتمام البين به . وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الألم الشديد ، وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه ، لأن المقادير لا تكون بالرأي . ولكنه على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع اليه اه وسيأتي في الباب الثاني بيان شرائط الاكراه مع بيان احكام كل من الاكراه الملجيء وغير الملجيء ، فانتظر .

المادة ٩٥٠ — ﴿ الشفعة هي تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذي قام على المشتري ﴾

لا بد من تقدير مضاف بأن يقال « هي حق تملك الملك الخ » لان التملك انما يوجد بعد القضا او الرضى ، ولأن حكم الشفعة جواز الطلب ، وحكم الشيء يعقبه او يقارنه . فلو حصل التملك قبل الطلب ، لزم بالطلب تحصيل الحاصل (افاده في تكملة الفتح) وعبر في التنوير بالتمليك بدلاً عن التملك ، فلم يحتج الى تقدير المضاف المذكور ، لان فاعل التمليك هو الشرع ، وتمليك الشرع انما يكون بالقضا او الرضى بعد الطلب ، كما هو ظاهر . فما في رد المحتار من ان الاولى التعبير بالتملك تبعاً للكنز وغيره ، لانه من اوصاف الشفيع . وهو مالك لا مملك ، غير مسلم ، لان الشفيع انما يصير مالكاً بتمليك الشرع ، وهذا يحصل بالقضا او الرضى بعد الطلب ، كما قلناه ولا حاجة في تعريف الشفعة الى زيادة قيد آخر وهو « جبراً على المشتري » اذ لا فائدة فيه ، بل ربما يوهم انه احترازعما لو رضي المشتري مع ان التملك حاصل في حالة الرضى ايضاً ، ولانه قد يكون جبراً على البايع كما اذا اقر بالبيع وانكر المشتري ، لأن الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشتري . ولذا ثبتت اذا باع بشرط الخيار للمشتري ، كما في رد المحتار عن الفتاوي الصغرى . والمراد بالملك المشتري ما كان عقاراً ، يعني غير منقول . فدخل الكرم والرحى والبئر والعلو وان لم يكن طريقه في السفل ، وخرج البناء والاشجار فلا شفعة فيها الا بتبعية العقار . وان بيع بحق القرار كما سيأتي في الباب الثالث

وآثر التعبير بلفظ « الملك » على التعبير بالعقار او البقعة ، اشارة الى انها لا تثبت في اراضي الوقف ولا في الاراضي السلطانية ، كما سيأتي ايضاً .

وقيد بالملك بكونه مشترى لاخراج ما ملك بلا عوض كما بالهبة والارث والصدقة ، او بعوض غير عين كالمملوك بكونه مهراً او بدل اجارة او بدل خلع او بدل صلح عن دم عمد . ودخل فيه ما وهب بعوض ، فانه شراء انتهاء (افاده في رد المحتار) وقوله بمقدار الثمن الذي قام على المشتري يريد انه بمثله لو مثلياً ، والا فبقيمته كما في الدر . والمراد منه ما لزم المشتري من المؤن بالشراء ، كما في رد المحتار .

المادة ٩٥١ = ✱ الشفيع هو من كان له حق الشفعة ✱

المادة ٩٥٢ – ﴿ المشفوع هو العقار الذي تعلق به حق الشفعة ﴾

المادة ٩٥٣ – ﴿ المشفوع به هو ملك الشفيع الذي كان به الشفعة ﴾

المادة ٩٥٤ – ﴿ الخليط هو بمعني المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق ﴾

وكذا المشارك في نفس الملك ، بعني المشفوع ، يسمى خليطاً . لكن هذا خليط في نفس الملك المبيع ، وذلك خليط في حقوقه ، والخليط في نفس المبيع مقدم على الخليط في حقوقه ، كما سيأتي

المادة ٩٥٥ – ﴿ الشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالاشخاص المعدودة . واما اخذ الماء من الانهر التي ينتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص ﴾

هذا ما عليه عامة المشايخ ، فانهم قالوا ، كما في رد المحتار معزياً للكفاية : الشركاء على النهران كانوا يحصون ، فصغير ، والا فكبير . ثم اختلفوا فقيل : ما لا يحصى خمسماية ، وقيل ار بعون . وقيل الاصح تفويضه الى رأي كل مجتهد في زمانه اه .

ثم قال في رد المحتار : والظاهر ان المراد بالمجتهد الحاكم ذو الرأي المصيب ،

للعلم بانقطاع المجتهد المصطلح عليه اه ٠

لكن سيأتي في المادة (١٢٣٩) ان النهر الخاص هو الذي يتفرق و ينقسم الى اراضي اشخاص معدودة ، وعند انتهائه الى آخر اراضيهم يمحى ولا تبقى له بقية مباحة ، ان الشفعة انما تجري فيه لا في العام الذي هو عكسه ٠ وحينئذٍ فلا بد من اعتبار قيد الانمحاء في هذه المادة ، توفيقاً بين المادتين ، فتنبّه وارجع لما كتبناه من شرح المادة (١٠٠٨) الآتية في باب الشفعة ٠

المادة ٩٥٦ — ❊ الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ ❊

قال في رد المحتار : والمراد بعدم النفاذ ان يكون بحيث يمنع اهله من ان يستطرقه غيرهم ، كما في الدر المنتقى ٠ فلو فيه مسجد ، فنافذ حكماً ، اذا كان مسجد خطة لا محدثاً ، وتمامه في البزازية اه ٠

اقول : وهذا مقيد بما اذا كان مسجد الخطة في اقصى الزقاق وظهره او جانبه الى الطريق الاعظم ، كما سيأتي (نقله عن الهندية في شرح المادة ١٠٠٨)

❊ الباب الاول ❊

— في بيان المسايل المتعلقة —
« بالحجر و ينقسم الى اربعة فصول »

— الفصل الاول —

❊ في بيان المحجورين واحكامهم ❊

اسباب الحجر السابق تعريفه خمسة ، اثنان متفق عليهما : الصغر والجنون ،

وثلاثة فيها خلاف ابي حنيفة ، وهي السفه والغفلة والدين . و بقولهما اخذت المجلة لان عليه الفتوى ، كما في الخانية .

واما الرق فليس سبباً له في الحقيقة ، لان الرقيق مكلف محتاج كامل الرأي كالحر ، ولهذا يؤآخذ باقراره بعد العتق . وانما عدوه من اسباب الحجر لعدم نفوذ اقراره في الحال ، رعاية لحق مولاه (وتمامه في الزيلعي)

والمجلة لم تتعرض لذكر شيء من احكام حجر الرقيق ، لانه معدوم في زماننا .

واما ضرر العامة ، فليس سبباً للحجر الشرعي المتقدم تعريفه ، وهو الذي يمنع نفوذ التصرف القولي ، بل هو سبب للمنع الحسي كما سيأتي التنبيه على ذلك في المادة (٩٦٤) فافهم .

المادة ٩٥٧ - ﴿الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم﴾

اي بلا حاجة الى حجر الحاكم ، بخلاف السفيه والمغفل والمديون كما سيأتي .

قال الزيلعي : اعلم ان الله تعالى خلق البشر اشرف خلق ، وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام ، وهو العقل ، و به يسعد من سعد . وذلك ان الله تعالى ركب في البشر العقل والهوى ، وركب في الملائكة العقل دون الهوى ، وركب في البهائم الهوى دون العقل . فمن غلب من البشر عقله على هواه ، كان افضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس . ومن غلب هواه على عقله كان اردأ من البهائم . قال الله تعالى ﴿ ان هم الا كالانعام بل هم اضل ﴾ فجعل بعضهم ذوي النهى ، وجعل منهم اعلام الدين وايمة الهدي ومصابيح الدجى ، وابتلى بعضهم بما شاء من اسباب الردى ، كالجنون الموجب لعدم العقل ، والصغر والعته الموجبين لنقصانه ، فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما . ولولا ذلك لكان معاملتهما ضرراً عليهما بأن يجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل ، وجعل من ينظر في مالهما خاصاً وعاماً واوجب عليه النظر لهما ، وجعل الصبا والجنون سبباً للحجر عليهما ، كل ذلك رحمة منه ولطفاً اه .

المادة ٩٥٨ — ﴿ للحاكم ان يحجر على السفيه ﴾

هذا قول الامامين ، خلافاً لابي حنيفة . والدليل على قولهما قوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم ﴾ فهذا نص عليه اثبات الحجر عليه بطريق النظر ، فان الولي ، هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر به .

وقوله تعالى ﴿ فان كان الذى عليه الحق سفيهاً او ضعيفاً او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليّه بالعدل ﴾ وهذا نص على اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه ، فلا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه ، ولان النظر له واجب حقاً لإسلامه وليس من النظر ان يمكن من التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة ، فيحجر عليه نظراً له وهو من جملة التعاون على البر ، فصار كالصبي بل اولى ، لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير ، وهذا قد تحقق منه . ولهذا يمنع ماله في الابتداء اجماعاً بطريق النظر له ، يعني اذا بلغ غير رشيد . ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد ، لان ما منع من يده يتلفه بلسانه ، فيحجر عليه نظراً له . وتمام الكلام عليه مع بيان ادلة الامام مبسوطة في الزيلعي .

قال في التنوير : وبقولهما يفتى صيانةً لماله . وفي رد المحتار : قال في الجوهرة : ثم اختلفا فيما بينهما ، قال ابو يوسف ، لا يحجر عليه ، يعني على السفيه ، الا بحجر الحاكم ، ولا ينفك حتى يطلقه . وقال محمد : فساده في ماله يحجره ، واصلاحه فيه يطلقه . والثمرة فيما باعه قبل حجر القاضي ، يجوز عند الاول ، لا الثاني اه

وظاهر هذه المادة اختيار قول ابي يوسف . قال في الدر : وعلى قولهما المفتى به ، فيكون في احكامه كصغير .

ثم هذا الخلاف ، يعني بين الامام وصاحبيه ، في تصرفات تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل . واما ما لا يحتمله ولا يبطله الهزل ، فلا يحجر عليه بالاجماع ، فلذا قال ، يعني صاحب التنوير : الا في نكاح وطلاق وعتاق واستيلاد وتدبير ووجوب

زكاة وفطرة وحج وعبادات وزوال ولاية ابيه او جده وفي صحة اقراره بالعقوبات وفي الانفاق وفي صحة وصاياه بالقرب من الثلث ، فهو في هذه كبالغ ، وفي كفارة كعبد (اشباه)

والحاصل ان كل ما يستوى فيه الهزل والجد ينفذ من المحجور ، وما لا فلا ، الا باذن القاضي (خانية)

المادة ٩٥٩ — ﴿ للحاكم ان يحجر المديون بطلب الغرماء ﴾

قال في الدر المنتقى : ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالافلاس ثم الحجر بناء عليه . ولا يشترط ذلك في الحجر بالسفه ، مع كونه يعم جميع الاموال . واما الحجر بالدين فيخص بالمال الموجود ، حتى ينفذ تصرفه في مال حدث بعده بالكسب ، كما يعلم من القهستاني والبرجندي فليحفظ اه

وفي رد المحتار عن التتارخانية : الحجر بالدين يفارق الحجر بالسفه من وجوه ثلاثة ، احدها ان حجر السفيه لمعنى فيه ، وهو سوء اختياره ، لا لحق الغرماء ، بخلافه بسبب الدين ، فيفتقر فيه للقضاء

الثاني : ان المحجور بالسفه اذا اعتق عبداً ووجبت عليه السعاية وادى ، لا يرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر ، بخلاف المحجور بالافلاس .

الثالث : ان المحجور بالدين لو اقر حالة الحجر ، ينفذ اقراره بعد زوال الحجر ، وكذا حالة الحجر فيما يحدث له من المال حالة الحجر . والمحجور بالسفه لا يجوز اقراره لا حال الحجر ولا بعده ، ولا في المال القائم ولا الحادث اه ملخصاً .

قلت : و يزاد ما مر من توقف الحجر بالدين على القضاء ، اي على قول ابي يوسف ، لكونه لحق الغرماء — بخلاف الحجر بالسفه ، فانه لحقه فلا يتوقف ، كما اشير اليه فيما مر . وظاهر كلامهم ترجيحه على قول محمد اه ما في رد المحتار .

المادة ٩٦٠ — ﴿ المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وان

لم يعتبر تصرفهم القولي لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشآ من فعلهم . مثلاً يلزم الضمان على الصبي اذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز

لما علم انه لا حجر في افعال الجوارح ، لأن اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد . فان النائم ولو ابن يومه اذا انقلب على انسان او قارورة فاتلفها ، ضمن وان عدم القصد (ابو السعود)

وفي الدر عن الاشباه : الصبي المحجور مؤاخذ بافعاله ، فيضمن ما اتلفه من المال للحال . واذا قتل ، فالدية على عاقلته — الا في مسايل : لو اتلف ما اقترضه وما اودع عنده بلا اذن وليه وما اعير له وما بيع منه بلا اذن . و يستثنى من ايداعه ما اذا اودع صبي محجور مثله وهي ملك غيرها ، فللمالك تضمين الدافع او الآخذ اه

وقوله « الا في مسايل » قال في رد المحتار : هو استثناء من قوله « فيضمن » اي فلا يضمن في هذه ، لانه مسلط من المالك ، كما افاده في الاشباه اه .

وظاهر اطلاق الاشباه معا اتى به من التعليل ان عدم ضمان الصبي في المسائل المذكورة اتفاقي . لكن نقل في رد المحتار عن ابي السعود معزياً للقنية ان الضمان فيها ضمان عقد عندهما ، والصبي ليس من اهل التزام الضمان . وعند ابي يوسف ضمان فعل ، وهو من اهل التزام الفعل اه .

ثم نقل عن التتارخانية ما نصه : اودع صبياً او عبداً مالاً فاستهلكه ، لم يضمن عند محمد . وقال ابو يوسف : يضمن العبد بعد العتق ، والصبي بعد زوال الحجر اه .

ونقل في رد المحتار ايضاً آخر كتاب المأذون عن الشرنبلالي معزياً للقنية : استودع صبياً الفاً فاستهلكها ، لم يضمن عندها ، وقال ابو يوسف يضمن في ماله . ولو ركب الدابة الوديعة فعطبت ، على الخلاف . وان استودعها عبداً محجوراً فاستهلكها ، ضمنها بعد العتق عندها . وقال ابو يوسف يباع فيها . ولو كانت عبداً فقتله الصبي او العبد ، فهو كقتلها ما ليس بعبد عندها . والفرق ان

المولى لا يملك روح العبد ولا التسليط عليه ، بخلاف المتاع والدابة . ولو اقرض صبياً وعبداً محجورين ، لا ضمان في الحال ولا المآل بلا خلاف . وقيل القرض على الخلاف اه فتأمل . ولعل قولهما المرجح ، ولذا اقتصر عليه في الاشباه .

ثم ان قول الاشباه « و يستثنى من ايداعه ما اذا اودع صبي محجور الخ »

قال في جامع الفصولين : هذه المسئلة من مشكلات ايداع الصبي . واجاب في الاشباه بأنه لم يوجد فيها التسليط من مالكها ، بخلاف ما مر اه = اي لأن وضع المسئلة ان الصبي الدافع ليس مودعاً لمالكها . حتى لو كان المالك دفعها اليه لم يكن له تضمين واحد منهما ، لوجود التسليط . وبهذا يعلم سقوط ما اورده الحموي على الاشباه بأنه وجد التسليط بنفس الدفع الى الاول (افاده في ردالمحتار)

المادة ٩٦١ — ✻ اذا حجر السفيه والمديون من طرف الحاكم يشهد و يعلن الى الناس بيان سببه ✻

ذكر في الباب الثالث من حجر الهندية معزياً للذخيرة ، ما نصه : ثم اذا حجر عليه القاضي بسبب الدين ، يشهد انه قد حجر عليه في ماله . والاشهاد ليس شرطاً لصحة الحجر ، وانما احتيج اليه لانه يتعلق بهذا الحجر احكام . وربما يقع التجاحد فيحتاج الى اثباته ، فيشهد ليقع الأمن عن التجاحد و يبين سبب الحجر ، فيقول حجرت عليه بسبب الدين لفلان بن فلان عليه ، لان الحجر على قول من يراه جائزاً تختلف اسبابه ، وهو باختلاف سببه يختلف في نفسه ، لان الحجر بسبب السفه يعم الاموال كلها ، والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في الحال . فاما ما يحدث له من المال بالكسب وغيره ، فلا يؤثر الحجر فيه و ينفذ تصرفه فيه اه .

المادة ٩٦٢ — ✻ لا يشترط حضور من اريد حجره من طرف الحاكم ويصح حجره غياباً . ولكن يشترط وصول خبر الحجر

الى ذلك المحجور ولا يكون محجوراً ما لم يصل اليه خبر انه قد حجر عليه . وتكون عقوده واقاريره معتبرة الى ذلك الوقت ✽

كذا في الهندية من الباب الثاني في الحجر للفساد ، معزياً لخزانة المفتين . وكذا في الباب الثالث معزياً للمحيط . ومثله في الخانية .

المادة ٩٦٣ - ✽ لا يحجر على الفاسق بمجرد فسقه ما لم يبذر ويسرف في ماله ✽

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه ، كالسفيه . فانه عنده يحجر عليه زجراً له وعقوبة على اسرافه . قلنا : حجر السفيه عند الامامين للنظر لماله ، والفاسق مصلح له فيدخل تحت قوله تعالى ✽ فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم ✽ لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد . الا ترى ان الكافر لا يحجر عليه ؟ واي فسق يكون اعظم منه (زيلعي مختصراً) وهذه المسئلة اتفاقية عندنا . وما في الدرر من ان قولهما في الحجر على الفاسق موافق لقول الشافعي ، مخالف لعامة الكتب ، كما نبه عليه في رد المحتار معزياً للعزمية .

المادة ٩٦٤ = ✽ يحجر على بعض الناس الذين تكون مضرتهم عامة كالطبيب الجاهل . لكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل لا منع التصرفات القولية ✽

المراد بالطبيب الجاهل من يسقي الناس في امراضهم دواء مخالفاً يفسد ابدانهم لعدم علمه

ومثله المفتي الماجن وهو الذي لا يبالي ان يحرم حلالاً و يحل حراماً ، كأن يعلم المرأة الارتداد لتبين من زوجها او لتسقط عنها الزكاة ، ثم تسلم . وكالذي يفتي عن جهل ، كما في الشرنبلالية عن الخانية .

و كذا المكاري المفلس ، لانه يأخذ الكراء اولاً ليشتري بها الجمال والظهر ويدفعه الى بعض ديونه مثلاً .

فان كل واحد من هؤلاء الثلاثة مضر للعامة ، الطبيب الجاهل يهلك ابدانهم ، والمفتي الماجن يفسد عليهم اديانهم ، والمكاري المفلس يتلف اموالهم ، فيحجر على هؤلاء عن عملهم لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر (افاده في مجمع الانهر)

والحجر على هؤلاء متفق عليه بين ائمتنا الثلاثة ، كما في رد المحتار . ولذا اتفقت عليه المتون . قيل : والحق بهذه الثلاثة ثلاثة اخرى : المحتكر وار باب الطعام اذا تعدوا في البيع بالقيمة ، واما لو اسلم عبد الذمي وامتنع من بيعه ، باعه القاضي . اه .

قلت : و باب الامر بالمعروف اوسع من هذا ، تأمل . نعم ينبغي ذكر المريض ، فانه ممنوع عن التصرف فيما فوق الثلث (رد المحتار) وقد نبهت هذه المادة ان هذا الحجر ليس المراد منه انه من الحجر الذي تقدم تعريفه في المادة (٩٤١) وهو الذي يمنع نفوذ التصرف القولي . الا ترى ان المفتي لو افتى بعد الحجر واصاب في الفتوى جاز ؟ و كذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر ، نفذ بيعه ؟ — وانما المراد المنع الحسي بأن يمنعوا عن عملهم حسياً منعاً لضرر العامة (افاده الزيلعي وغيره)

و به ظهر ان جعل ضرر العامة من جملة اسباب الحجر المحدود في المادة المذكورة ، ليس بسديد كما نبهنا عليه اول الفصل ، فافهم .

المادة ٩٦٥ = ❊ اذا اشتغل احد بصنعة او تجارة في سوق فليس لارباب هذه الصنعة او التجارة ان يحجروه او يمنعوه عن اشتغاله بهذه الصنعة او التجارة قائلين انه بطرأ على ربحنا و كسبنا خلل ❊

سواء كان ذلك الرجل متقناً لها او يريد تعلمها كما افتى به في الحامدية (رد المحتار)

- الفصل الثاني -

﴿ في بيان المسايل التي تتعلق بالصغير و المجنون و المعتوه ﴾

المادة ٩٦٦ — ﴿ لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وان اذن له وليه ﴾

وكذا لو اجازها الولي لا تصح لبطلانها وخرج بالقولية التصرفات الفعلية فانها معتبرة كما قدمناه في شرح المادة (٩٦٠)

المادة ٩٦٧ — ﴿ يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفعاً محضاً وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة . ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذنه بذلك وليه او اجازه كأن يهب لاخر شيئاً . واما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوفة على اجازة وليه . ووليه مخير في الاجازة وعدمها . فان رآها مفيدة في حق الصغير اجازها والا فلا . مثلاً اذا باع الصغير المميز مالا بلا اذن يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه . وان كان باعه بازيد من ثمنه لان عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الاصل ﴾

والعبرة بأصل وضعه دون ما عرض له باتفاق الحال . فسقط ما قيل ان في هذا البيع نفعاً ظاهراً فينبغي ان ينفذ بلا اجازة . قال في المنح : وتحقيق هذا المقام ان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ، و يشبه طفلاً لا عقل له من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب ، وفي عقله قصور ، ولهذا يثبت عليه للغير ولاية ، فالحق بالبالغ في النافع المحض ، و بالطفل في الضار المحض ، وفي الداير بينهما ، بالطفل عند عدم الاذن ، و بالبالغ عند الاذن ، لرجحان جهة النفع والضرر بدلالة الأذن . وقبل الاذن يكون منعقداً موقوفاً على اجازة الولي ، لان فيه منفعة لصيرورته مهتدياً الى وجوه التجارات اه .

ثم اعلم ان نفاذ بيعه او شرائه انما ينفذ باجازة وليه اذا كان بثمن المثل او غبن يسير . فان كان بغبن فاحش ، لا يصح كما في رد المحتار عن الجوهرة . ثم ان المراد بالمال الذي يتوقف نفاذ بيعه على اجازة الولي ، مال يجوز للولي بيعه ، وهو المنقول . فلو باع الصغير المميز عقاره ، لا ينفذ وان اجازه الولي ، الا اذا كان لضرورة نفقة او قضاء دين ، لأن نفس الولي لا يصح بيعه بلا ضرورة ، فلا تعمل اجازته ، لبطلانه كما صرحوا به ، وهو ظاهر .

المادة ٩٦٨ = * للولي ان يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة لاجل التجربة فان تحقق رشده دفع وسلم اليه باقي امواله *

نقل في تنقيح الحامدية عن البدائع ما نصه : ولا بأس للولي ان يدفع اليه شيئاً من امواله و يأذن له بالتجارة ، للاختبار عندنا ، فان آنس منه رشداً دفع اليه الباقي . والرشد هنا الاستقامة والاهتداء في حفظ المال واصلاحه اه .

ثم حقق ما حاصله ان علم الوصي بصلاحه ورشده يكفي في جواز دفع المال اليه ولو قبل البلوغ ، فلا يضمن الوصي . وانه لو عدم رشده ، لا يجوز ويضمن ولو بعد البلوغ . وانه لو بلغ ولم يظهر حاله ، فالظاهر انه يجوز ان

بدفع اليه ماله وتصح تصرفاته وان لم يثبت رشده وسيأتي لهذا المقام بقية في المادة (٩٨٠) وما بعدها .

المادة = ٩٦٩ ✻ العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي اذن بالأخذ والعطاء . مثلاً لو قال الولي للصغير بع واشتر او قال له بع واشتر المال الفلاني فهو اذن بالبيع والشراء . واما امر الولي الصبي باجراء عقد واحد فقط كقوله له اذهب الى السوق واشتر الشيء الفلاني او بعه فليس بأذن بل يعد من قبيل الاستخدام له توكيلاً على ما هو المتعارف المعتاد ✻

المراد ان الأذن بالعقود « المكررة التي تدل الخ .. هي اذن الخ .. » قال في المنح : التخصيص قد لا يكون مفيداً اذا كان المراد به الاستخدام ، لانه لو جعل ذلك اذناً لانسد باب الاستخدام ، لافضائه الى ان من امر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذوناً يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال ، فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة ، وهو انه ان اذن بتصرف مكرر صريحاً مثل ان يقول اشتر لي ثوباً وبعه ، او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه ، او دلالة كأد الي الغلة كل شهر او اد الي الفاً وانت حر ، فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب ، وهو دلالة الاذن بالتكرار - ولو قال اقعد صباغاً او قصاراً ، لانه اذن بشراء ما لا بد منه دلالة ، وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور ، كان ذلك اذناً . وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم ، لا يكون اذناً كما قررناه

فان قلت : ينتقض هذا الأصل بما اذا غصب العبد متاعاً وامره مولاه ببيعه ، فانه اذن بالتجارة وليس الامر بعقد مكرر = قلت : اجيب عنه بأنه امر بالعقد المكرر دلالة ، وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه ، والاذن

قد صدر منه صريحاً فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق اه وكلام الهداية يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي ، والاذن بالاول اذن دون الثاني اه (كذا في رد المحتار ببعض اختصار)

اقول : قول المنح : قلت « اجيب عنه الخ » فيه نظر ، لان بطلان التقييد وظهور الاطلاق لا يفيد ان الأمر ببيع المغصوب امر بالعقد المكرر ، لما تقرر في الاصول من ان الامر لا يقتضي التكرار ولا يفيده . والذي يظهر لي من عباراتهم ان مناط الفصل بين ما يكون من الامر اذناً بالتجارة وما لا يكون ، هو ان ما قصد به الربح والتكسب يكون اذناً بها ، والا فهو استخدام . ولا ينحصر ذلك فيما هو امر بالعقود المتكررة صريحاً او دلالة ، على ما تقدم عن المنح تبعاً لا كثر المعتبرات ، ولا فيما هو امر بالتصرف النوعي على ما تقدم عن الهداية ، بل المراد ان كل امر يفيد قصد التكسب والربح ، يكون اذناً بالتجارة . وان كان بعقد غير مكرر او بتصرف شخصي لا نوعي كأمر العبد ببيع ما غصبه ، فانه لا يفيد الا اكتساب ثمن المغصوب والانتفاع به وان كان حراماً لان بيع العبد لما غصبه ليس من حوائج سيده حتى يكون الامر به استخداماً . وبهذا يكون المراد من كلام الهداية وكلام غيرها واحداً ، فتدبر .

وفي الهندية ما نصه : قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى : اذا قال لعبده بع ثوبي هذه لاجل الربح والنماء ، او قال على وجه الربح والنماء ، فهذا اذن له في التجارة — بخلاف ما اذا قال بع ثوبي من فلان ، ولم يقل على وجه النماء اه .

ثم رأيت في الزيلعي ما نصه : ولو غصب العبد ثوباً فامره مولاه ببيعه ، كان اذناً له ، لانه لا يمكنه حمله على الاستخدام ، لعدم الملك ، فيتعين الاذن اه وهو عين ما قلته ولله الحمد .

المادة ٩٧٠ = ❊ لا يتقيد ولا يتخصص اذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء . مثلاً لو اذن الولي للصغير المميز يوماً او شهراً يكون مأذوناً على الاطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الاذن

ما لم يحجره الولي . و كذا لو قال له بع واشتر في السوق الفلاني يكون مأذوناً في كل مكان . كذلك لو قال له بع واشتري المال الفلاني فله ان يبيع و يشتري كل جنس من المال ✵

لما تقدم ان الاذن اسقاط من الولي لحق المنع ، وقد تقرر ان الاسقاطات لا تقبل التقييد والتوقيت كما في الطلاق والعتاق، لانها تتلاشى عند وقوعها . ولا يقال لو كان اسقاطاً لما ملك نهيه ، لأنا نقول ليس الاذن اسقاطاً في حق ما لم يوجد، فيكون النهي متناعاً عن الاسقاط فيما لم يوجد (رد المحتار عن الزيلعي)

ثم انه لا فرق فيما لو اذن بنوع، بين ان يسكت عن غيره او ينهاه بطريق التصريح ، نحو ان يأذن له في شراء البز وقال لا تشتر غيره ، حيث يكون الاذن عاماً ، كما في رد المحتار عن التتارخانية .

المادة ٩٧١ = ✵ كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة ايضاً . مثلا او رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشتري ولم يمنعه وسكت يكون قد اذنه دلالة ✵

سواء كان المتاع الذي يبيعه ملكا للولي او للصغير او لاجنبي . لكن اذا كان ملكا للولي او للصغير لا يكون ماذوناً في بيع ذلك المتاع ، فلا ينفذ على الولي بيعه الا اذا اجازه بالنطق، لانه يلزم ان يكون ماذوناً قبل ان يصير ماذوناً، وهو باطل .

والحاصل ان اثر ذلك الاذن السكوتي يظهر في المستقبل، لا في ذلك المتاع - بخلاف ما اذا كان لاجنبي ، فانه ينفذ بمجرد سكوت الولي ، لان البيع كان باذن مالكه . فنفاذ البيع ليس بسكوت الولي بل بامر صاحب المتاع . وهل العهدة على الصغير او على صاحب المتاع ؟ اختلف فيه المشايخ .

وهذا كله اذا رآه يبيع . اما اذا رآه يشتري فسكت ، فانه يكون اذناً و ينفذ الشراء مطلقاً ، لما ذكروه في باب الفضولي من ان الشراء اسرع نفاذاً ، ففي الذخيرة ما نصه : واذا رأى عبده يشتري بماله يعني بمال المولى فلم ينهه، فهذه من المولى اذن له في التجارة . وما اشتراه فهو لازم ، وللمولى ان يسترد ماله . ثم اذا استرد المولى ماله دراهم او دنانير ، لا ينتقض البيع . وان كان ماله عرضاً او مكيلا او موزوناً ، ينتقض البيع اه .

وانما انتقض لان الثمن اذا كان عرضاً او مكيلا ، يكون ثمناً من وجه ومبيعاً من وجه ، لانه بيع مقايضة . فمن حيث انه مبيع لا ينفذ على المولى ، فله ان يسترده . ويلزم من استرداده نقض البيع ، لفوات رضى البايع بفوات ما جعل ثمناً — بخلاف ما اذا كان الثمن دراهم او دنانير ، لانها لا تتعين بالتعيين بل تجب في الذمة . ولذا لو استرده المولى ينفذ البيع ولا ينتقض . وهذا ما حرره في رد المحتار اوائل كتاب المأذون .

واعلم ان المراد من الولي المذكور في هذه المادة غير القاضي ، لما في التنوير آخر كتاب المأذون : رأى القاضي الصبي او المعتوه او عبدهما يبيع ويشتري فسكت ، لا يكون سكوته اذناً في التجارة اه قال في رد المحتار : لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطاً لحقه اه يعني لا حق له في التصرف في مال الصغير مع وجود وليه ، اعني الاب ، او وصيه او وصي وصيه او الجد او وصيه او وصي وصية . وانما يملك الاذن من يملك التصرف في مال المأذون ليكون الاذن اسقاطاً لحقه .

اقول : لكن ذكر في التنوير قبل ما تقدم ان الولاية تثبت للقاضي او وصيه عند عدم من ذكر . وقال شارحه العلائي : وايهما تصرف ، صح تصرفه اه .

وعليه فينبغي ان يكون سكوته اذناً عند عدم من ذكر، لانه يملك التصرف حينئذ ، فيملك الاذن الذي هو اسقاط لحقه : هذا ما يقتضيه التعليل المذكور . ولم ار من تعرض لذلك ، فليتأمل . = نعم في المادة (٩٧٤) الآتية لم يذكر القاضي في عداد الأولياء ، وليحرر .

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في رد المحتار نقلاً عن الحقائق ، ما نصه : انما يجعل سكوت المولى اذناً اذا لم يسبق منه ما يوجب نفي الاذن حالة السكوت ، كقوله : اذا رأيتم عبدي يتجر فسكت فلا اذن له في التجارة ، ثم رآه يتجر فسكت ، لا يكون مأذوناً اتفاقاً اه .

المادة ٩٧٢ — ﴿ لو اذن للصغير من قبل وليه يكون في الخصوصات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ وتكون عقوده التي هي كالبيع والشراء معتبرة ﴾

اعلم ان تصرف الصبي والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء ، ان كان نافعاً محضاً كالاسلام والاتهاب اي قبول الهبة وقبضها وكذا الصدقة ، صح بلا اذن . وان ضاراً محضاً كالطلاق والعتاق ولو على مال (فانهما وضعا لازالة الملك) والصدقة والقرض ، لا يصح ، وان اذن به وليهما ، لاشتراط الاهلية الكاملة . وكذا لو اجازه بعد بلوغه ، الا اذا كان بلفظ يصلح لابتداء العقد كأوقعت الطلاق او العتاق وما تردد من العقود بين نفع وضرر ، كالبيع والشراء توقف على الاذن — حتى لو بلغ فأجازه ، نفذ . فان اذن لهما الولي ، فهما في شراء و بيع كعبد مأذون في كل احكامه ، فيصير مأذوناً بالسكوت ، ويصح اقراره بما في يده من كسبه ولا يتقيد بنوع من التجارة ، و يجوز بيعه بالغبن الفاحش خلافاً لهما — الى غير ذلك من الاحكام التي في العبد ، كذا في الدر وحواشيه . وقد ذكروا قبل هذا ان العبد المأذون ، له ان يوكل بالبيع والشراء ويرهن ويرتهن ويعير الثوب والدابة و يسلم ويقبل السلم وله ان يبضع و يضارب اخذاً ودفعاً ، لان جميع ذلك من عادة التجار ، وله ان يأخذ الارض اجارة ومساقاة ومزارعة ، ويشتري بذراً يزرعه ، و يؤجر ويزارع و يشارك عناناً لا مفاوضة (لانها تتضمن الكفالة ، وهو لا

بملكها ، فمفاوضته تنقلب عنانًا) ويستأجر ويؤجر ولو نفسه ويقر بوديعة وغصب ودين ، لان الاقرار من توابع التجارة ، لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد .

ولو اقر بدين وهو مديون ، فلو الاقرار في صحته صح . ولو في مرضه ، قدم غرماء الصحة ، كما في الكبير البالغ . وله ان يهدي طعامًا يسيرًا بما لا يعد سرفًا ، ويضيف من يطعمه ويتخذ الضيافة اليسيرة بقدر ماله ويحط من الثمن بعيب ، قدر ما يحط التجار . اما بدون عيب ، فلا يحط شيئًا اذ هو تبرع محض . وله ان يحابي ابتداء ويؤجل ، لانه قد يحتاج اليه التاجر اه ملخصًا

وذكر في الدرر : لو اقر الصبي والمعتوه المأذونان لانسان بما معهما من كسب او ارث ، صح في ظاهر الرواية . وعن ابي حنيفة انه لا يصح فيما ورثه ، لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات ، ولا حاجة في الموروث .

وجه الظاهر ، انه بانضمام رأي الولي التحق بالبالغ ، وكل من المالين ملكه ، فيصح اقراره فيهما اه .

قال في رد المحتار : والمراد بالانسان غير الأب الآذن ، لما في التتارخانية : الصبي المأذون من جهة الأب اذا اقر لأبيه بمال في يده او بدين ، لم يصح اقراره اه ومفهومه انه لو كان مأذونًا من جهة القاضي يصح اقراره لأبيه يدل عليه ما في الولوالجية : لو باع صبي مأذون له من ابيه وعليه دين بما يتغابن فيه ، جاز . فان اقر بقبض الثمن ، لم يصدق الا ببينة ، لانه اقرار للأب . وقد استفاد الاذن منه كما لو ادعى الاب الايفاء اه .

وبهذا تعلم ان ما ذكره الشارح سليم باز هنا من ان اقرار الصبي والمعتوه المأذونين لمن لا تقبل شهادتهما له كالزوجة والاب والابن بالدين باطل ، وبالعين صحيح ، ان لم يكن مديونًا قياسًا على العبد المأذون المذكور في الدرر ، هو خطأ فاحش ، لوضوح الفرق بينهما وبين العبد المأذون . ومما يقضي بالعجب انه بعد ان ذكر هذا ذكر ايضًا ما قدمنا نقله عن الدرر وعن رد المحتار معزيًا للتتارخانية والولوالجية ، ولم يتنبه للتنصيص على اختلاف الحكم بين المقيس والمقيس عليه .

وهذا وفي الهندية من الباب الثاني عشر من كتاب المأذون : الصبي المأذون اذا باع عبدًا من ابيه ، فهو على وجوه : اما ان باعه بمثل القيمة ، او بأقل بحيث

ذلك الاذن · ولـكن يشترط ان يحجره على الوجه الذي اذنه به · مثلاً لو اذن للصغير وليّه اذناً عاماً فصار ذلك معلوماً لاهل ســوقه ثم اراد ان يحجر عليه فيشترط ان يكون الحجر ايضاً عاماً فيصير معلوماً لا كثر اهل ذلك السوق · ولا يصح حجره عليــه بمحضر رجلين او ثلاثة في داره *

كذا في الباب الخامس من كتاب المأذون من الهندية · وقال بعده : واذا كان الاذن خاصاً غير منتشر فيما بين اهل سوقه بان اذن للعبد بمحضر من رجل واحد أو اثنين او ثلاثة ، فاذا حجره بمحضر من هوءلاء وعلم العبــد ، عمل حجره · واذا كان الاذن بحضرة العبد لا غير فحجره بحضرة منه ، يعمل حجره· وان حجر من غير علمه لا يعمل حجره · واذا اذن لعبده ولم يعلم العبد بالاذن ثم حجر عليه ولم يعلم العبد بالحجر ، عمل حجره · ولو خرج العبد الى بلد للتجارة فأتى المولى اهل سوقه فأشهدهم انه قد حجر عليه والعبد لا يعلم ذلك ، لم يكن هذا حجراً عليه · وكذلك لو كان العبد في المصر ولـكنه لم يعلم بالحجر ، فليس هذا بحجر عليه بل ينفذ تصرفه مع اهل سوقه ومع غيرهم ، ما لم يعلم بالحجر · فاذا علم به بعد يوم او يومين ، فهو محجور عليه حين علم · وما اشترى و باع قبل ان يعلم ، فهو جائز اه وذكر المسئلة ايضاً في اواخر الباب الثاني عشر من المأذون ، وتمامه هناك ·

وكون علم اكثر اهل السوق يكفي عن الكل ، استحسان ، لان علم الكل متعذر او متعسر · فلو حجر عليه بحضرة الاقل ، لم يصر محجوراً عليه ؛ حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم ، جاز البيع ، لانه لما صار مأذوناً له في حق من لم يعلم صار مأذوناً في حق من علم ايضاً ، لان الحجر لا يقبل التخصيص ولا يتجزء كالاذن · قال في النهاية : ثبت بهذا عدم صحة الحجر الخاص ، وان من شرط صحة الحجر التعميم اه (كذا في رد المحتار)

يتغابن الناس في مثله، او بأ كثر من قيمته مطلقاً . ففي هذه الوجوه جاز بيعه عندهم جميعاً . واما اذا باعه باقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله ، ففيه اختلاف الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى . والمذكور في بعض نسخ الماذون انه لا يجوز البيع في قولهم جميعا . واما اذا باع من وصيه ، فان كان للصغير فيه منفعة ظاهرة بان باع باكثر من القيمة مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله ، يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى والا بان باع بمثل القيمة او باقل مطلقاً، فعلى قولهما لا يجوز ، كما لو باع الوصي مال الصغير من نفسه . واما على قول ابي حنفية رحمه الله تعالى ، يجب ان تكون المسئلة على روايتين . واذا باع من الاجنبي باقل من قيمته مقدار ما لا يتغابن الناس فيه ، يجوز عند الإمام باتفاق الروايات ، خلافاً لهما اه ملخصاً .

وفيها من الباب التاسع : والصبي الذي اذن له ابوه في التجارة او وصي ابيه ، بمنزلة العبد الماذون ، تسمع عليه البينة فيما كان من ضمان التجارة وان كان الآذن غايباً . وكذلك الجواب في المعتوه الماذون ولو شهدوا على صبي ماذون او معتوه مأذون بقتل عمداً او قذف او شرب خمر او زنى ، ففي القذف والشرب والزنى لا تقبل شهادتهم وان كان الآذن حاضراً . وفي القتل ، ان كان الآذن حاضراً ، تقبل شهادتهم ويقضي بالدية على العاقلة . وان كان غائباً ، لا تقبل ، وان كان الشهود شهدوا على اقرار الصبي او المعتوه ببعض الاسباب التي ذكرنا، لا تقبل الشهادة ، سواء كان الآذن حاضراً او غائباً اه.

وفيها : وتقبل الشهادة على الصبي المأذون والمعتوه المأذون بسرقة عشرة دراهم وان الآذن غائباً . ولا تقبل الشهادة على اقرارهما بالسرقة اصلاً اه .

وفيها في الباب الثالث عشر في المتفرقات : رجل ادعى على صبي مأذون شيئاً فانكر ، اختلفوا في تحليفه . وذكر في كتاب الاقرار انه : يحلف ، وعليه الفتوى اه .

المادة ٩٧٣ — ﴿ للولي ان يحجر الصغير بعد ما اذنه و يبطل

وذكر في الهندية ان القاضي كالأب والوصي اذا اذن للصغير او للمعتوه او لعبده في التجارة ثم حجر عليه ، يصح حجره اذا كان الحجر مثل الاذن اه ·

وبهذا تعلم ان ما كتبه الشارح سليم باز هنا من ان المراد بالولي هنا غير القاضي ، غير سديد ، بل المراد به ما يشمله ايضاً ، فافهم ·

المادة ٩٧٤ = ❊ ولي الصغير في هذا الباب اولا ابوه ثانياً الوصي الذي اختاره ابوه في حال حياته ثالثاً الوصي الذي نصبه وصي الاب رابعاً جده الصحيح اي ابو ابي الصغير او ابو ابي الاب خامساً الوصي الذي اختاره الجد في حال حياته سادساً الوصي الذي نصبه هذا · واما الاقارب ان لم يكونوا اوصياء فاذنهم غير جائز ❊

احترز بقوله « في هذا الباب » عن الولي في باب النكاح ، فانه لا مدخل للاوصياء فيه ، بل هو للاولياء · وللام ولاية ايضاً عند عدم العصبة (افاده في رد المحتار) و بقي من الاولياء عند عدم من ذكر القاضي او وصيه ، كما صرح به في التنوير والملتقى والدرر وغيرها ، وهما بمرتبة واحدة كما في الدر المنتقى ·

قال في رد المحتار : وحاصله انه لا ولاية للجد مع وصي الاب ولا للقاضي مع الجد او وصيه ، وبعد الجد او وصيه لا ترتيب اه يعني بين القاضي ووصيه ، فايهما اذن للصبي يصح اذنه ·

واما قولهم انه ليس للقاضي ان يتصرف مع وجود الوصي ولو منصوبه ، لان الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة ، كما نصت عليه المادة (٥٩) فذاك في التصرف في مال اليتيم ، لا في صحة الاذن له في التجارة ، فافهم ·

وعبارة الزيلعي : والمراد بالولي ولي له تصرف في المال ، وهو ابوه ثم وصي الاب ثم جده ابو ابيه ثم وصي جده ثم القاضي او وصي القاضي · واما ما عدا الاصول من العصبية كالعم والاخ او غيرهم كالام ووصيهما وصاحب الشرطة ،

لا يصح اذنهم له ، لانهم ليس لهم ان يتصرفوا في ماله تجارة ، فكذا لا يملكون الاذن له فيها ، والاولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الاذن له في التجارة اه .

المادة ٩٧٥ - ﴿ للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي الذي هو اقوى منه عن الأذن اذا رأى في تصرفه منفعة وليس للولي الآخر ان يحجر عليه بعد ذلك ﴾

حاصل المسئلة ان القاضي انما يصح اذنه لها عند عدم الولي . فان كان ، فلا الا اذا امتنع الولي ، لان الاب صار عاضلا له ، فتنتقل الولاية الى القاضي بسبب عضله ، كالولي في باب النكاح ، ولا يلزم منه تأخر ولاية الاب عن القاضي . ولذا قال في التتارخانية : فانه ، اي اذن القاضي عند امتناع الاب ، جائز وان كانت ولاية القاضي مؤخرة عن ولاية الاب والوصي (افاده في رد المحتار)

المادة ٩٧٦ - ﴿ اذا توفي الولي الذي جعل الصغير مأذوناً يبطل اذنه ولكن لا يبطل اذن الحاكم بوفاته ولا بعزله ﴾

ذكر في الدر وحواشيه ان المأذون ينحجر بموت الآذن وبجنونه مطبقاً وبلحوقه بدار الحرب مرتداً وان لم يعلم احد بالموت او الجنون او اللحوق ، لانه صار محجوراً عليه في ضمن بطلان الاهلية ، فلا يشترط فيه علمه ولا علم اهل سوقه ، لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم ، كانعزال الوكيل بهذه الاشياء - بخلاف المأذون من قبل القاضي ، فانه لا ينحجر بموته لانه حكم .

وفي الهندية : لو اذن الوصي لليتيم ثم مات واوصى الى آخر ، فوته حجر عليه ، اي على اليتيم . وان اذن القاضي ثم عزل او مات او جن فهو على اذنه اه .

المادة ٩٧٧ — ﴿ الصغير المأذون من حاكم يجوز ان يحجر عليه من ذلك الحاكم او من خلفِهِ وليس لأَبيه او غيره من الاولياء ان يحجر عليه عند موت الحاكم او عزله ﴾

قال في حاشية الشلبي على الزيلعي ، معزياً للانقاني : اذا كان للصبي او المعتوه اب او وصيه او جد ابو الاب فرأى القاضي ان يأذن للصبي او للمعتوه في التجارة فاذن له وابى ابوه ، فاذنه جائز وان كانت ولاية القاضي مؤخرة عن ولاية الاب ، وذلك لان الاذن في التجارة حق الصبي قبل الولي ، لانه مما ينتفع به ، لانه يهتدي بذلك الى التجارات . فاذا طلب من الاب وابى ، صار عاضلا فانتقلت الولاية الى القاضي كالولي في باب النكاح اذا عضل ، انتقلت الولاية الى القاضي ، لان الانكاح من الكفوء حق المرأة قبل الولي ، فاذا امتنع الولي من الايفاء انتقلت الى القاضي ، فكذا هذا . فان حجر عليه احد من هؤلاء ، فحجره باطل ، لان الحجر فسخ الاذن والاذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غير القاضي . وان حجر عليه هذا القاضي بعد ما عزل لا يعمل ، لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء . فاذا لم يبق له ولاية القضاء لم يبق له ولاية الحجر . وان حجر القاضي الذي قام مقامه ، عمل حجره ، لان الثاني نايب عن الامام الاكبر ، فكما يصح الحجر من الامام الاكبر يصح من الذي قام مقامه اه .

المادة ٩٧٨ — ﴿ المعتوه هو في حكم الصغير ﴾

قال : وفي الهندية : والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم ، وحكمه حكم الصبي وفي الزيلعي : هذا اذا بلغ معتوها . وان بلغ رشيداً ثم عته ، كان الفقيه ابو بكر البلخي رحمه

الله تعالى يقول : لا يصح الاذن قياساً، وهو قول ابي يوسف ، و يصح استحساناً، وهو قول محمد . وليس للصبي والمعتوه المأذون لهما ان يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما، لانه ليس من التجارة الا ان يأذن لهما الولي بالتزوج ، وتمامه فيه .

وذكر ايضاً : وليس لابن المعتوه ان يأذن لابيه المعتوه ولا ان يتصرف في ماله ، وكذا اذا كان الاب مجنوناً ، لأن ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأي وافر الشفقة ، وليس لابنه وفور الشفقة فلا يملك . وتمامه فيه .

المادة ٩٧٩ = ❋ المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ❋

فلا تنعقد تصرفاته ولا تلحقها الاجازة . والمراد بالمطبق من لا يفيق من جنونه بحال ولا يعقل اصلاً وهو المعبر عنه في التنوير بالمغلوب . واحترز به عما يعقل البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ، وهو المعتوه المتقدم حكمه ، وعما يفيق من جنونه احياناً ، وهو المذكور في المادة الآتية .

المادة ٩٨٠ = ❋ تصرفات المجنون غير المطبق في حال افاقتـه كتصرف العاقل ❋

المذكور في الدر تبعاً لشراح الهداية ان من يجن ويفيق فحكمه في حال افاقته كصغير مميز . قال في رد المحتار : وجعله الزيلعي في حال افاقته كالعاقل . والمتبادر منه انه كالعاقـل البالغ فلا تتوقف تصرفاته . ووفق بينهما الرحمتي والسايحاني بحمل ما هنا ، اي ما في الدر من انه كمميز ، على ما اذا لم يكن تام العقل في حال افاقته . وما ذكره الزيلعي على ما اذا كان تام العقل . ووفق الشلبي في حاشية الزيلعي بحمل ما هنا على ما اذا لم يكن لافاقته وقت معلوم ، وما في شرح

الزيلعي على ما اذا كان لها وقت معلوم ، اي لانه في الاول لا يتحقق صحوه اه — ثم ذكر ما يفيد اختيار توفيق الرحمتي والسايحاني . وفي الحامدية : في رجل يحصل له صرع في كل شهر مرة ثم يفيق بقية الشهر فاذا اقر او رهن او فرغ عن تيار في حالة افاقته ، هل يكون ذلك صحيحاً منه ؟ — الجواب نعم ، لان المجنون في حال افاقته كالعاقل ، كما صرح به الزيلعي وغيره اه .

المادة ٩٨١ - ﴿ لا ينبغي ان يستعجل في اعطاء الصبي ما له عند بلوغه بل يجرب بالتأني فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع اليه حينئذ امواله ﴾

عبارة فتاوي شهاب الدين الجلبي ، كما في رد المحتار : والواجب على الوصي ان لا يدفع اليه المال الا بعد الاختبار فاذا منعه لذلك ، كان منعاً لواجب ، فلا يكون متعدياً اه قال الرملي : وفي الخانية ما يشهد له اه

وافاد في تنقيح الحامدية عن حاشية المنح للرملي انه لو امتنع الوصي من دفع ماله بعد الحكم بالرشد وبعد طلبه فهلك ، يضمن اذا تمكن من الدفع فلم يدفع لتعديه بالمنع . واما اذا بلغ رشيداً فطلب ماله فمنعه قبل ان يتكشف حاله و يعلم رشده وصلاحيته في نفسه بالاختبار فهلك ، لا يضمن اه .

المادة ٩٨٢ — ﴿ اذا بلغ الصبي غير رشيد لا تدفع اليه امواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق ﴾

اما عدم دفع امواله اليه والحالة هذه الى ان يبلغ سنه خمساً وعشرين سنةً ، فمتفق عليه بين ايمتنا الثلاثة . فاذا بلغها ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى تدفع وجوباً وان لم يكن رشيداً ، لانه قد بلغ سناً يتصور ان يصير جداً ، ولأن منع

المال عنه كان للتأديب ، فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب ، كما في الدرر وحواشيه . وعندهما لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس رشده وان صار شيخاً . وظاهر هذه المادة اختيار قولهما مع ان قول الامام هو الذي مشت عليه المتون ، وعليه الفتوى ، كما في تنقيح الحامدية . واما تصرفاته فيما لا يحتمل الفسخ ولا يبطله الهزل ، كالنكاح والطلاق واشباههما مما قدمناه في شرح المادة المذكورة ، صحيحة اتفاقاً . وكذا فيما يحتمله ويبطله الهزل عند ابي حنيفة ، لانه لا يرى الحجر بالسفه وانما يمنع عنه ماله الى ان يبلغ السن المذكور للتأديب ، وكذا عند ابي يوسف ، الا اذا حجر عليه القاضي ، لانه لا يحجر عنده الا بحجر القاضي — وغير صحيحة عند محمد مطلقاً ، لانه يقول فساده في ماله يحجره ، واصلاحه له يطلقه . وذكر في تنقيح الحامدية ان ظاهر كلامهم ترجيح قول ابي يوسف .

اذا علمت هذا تعلم ان حجر القاضي نافذ ولا يحتاج في نفاذه الى تنفيذ قاض آخر ، لان الحكم بخلافه حكم بما يخالف امر السلطان فلا يتمشى عليه ما نقله في تنقيح الحامدية عن فتاوي قارئ الهداية وعن فتاوي صاحب التنوير من اشتراط تنفيذ قاض آخر ، لانه مبني على قول الامام .

المادة ٩٨٣ = ﴿ وصي الصغير اذا دفع اليه ماله قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير او اتلفه يصير الوصي ضامناً ﴾

كتب في تنقيح الحامدية : ان علم الوصي بصلاح الصغير ورشده ، يكفي في جواز دفع ماله اليه ولو قبل البلوغ ، فلا يضمن الوصي . وانه لو علم عدم رشده لا يجوز ، ويضمن . وانه لو ادعى الصبي الرشد بعد بلوغه وانكره الوصي ، لا يؤمر بتسليم المال اليه ، ما لم يثبت رشده اه .

وبقي ما لو بلغ ولم يظهر حاله ، فهل يجوز ان يدفع اليه ماله ولا يضمن ، ام لا بد من ثبوت رشده ؟ — ظاهر هذه المادة الثاني .

والمراد من ثبوت رشده تحققه عند الوصي ، لا اثباته بالبينة ، لما علمت ان من

علم الوصي برشده يكفي ، وانما يحتاج الى البينة لو ادعى الصغير الرشد وانكره الوصي . و يشهد لظاهر هذه المادة ما نقله في رد المحتار عن حاشية ابي السعود على الاشباه معزواً للولوالجية ، ونصه : وكما يضمن بالدفع اليه وهو مفسد ، فكذا يضمن بالدفع قبل ظهور رشده بعد الادراك اه .

وكذا ما نقله عن فتاوي العلامة الشلبي حيث سئل فيمن بلغت وعليها وصي ولها مال تحت يده ، فهل يثبت رشدها بمجرد البلوغ ؟ - الجواب : لا يثبت الا بحجة شرعية . فان بلغت رشيدة يسلم اليها مالها ، والا فلا ، حتى يونس منها الرشد اه .

وكذا قوله تعالى ﴿فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم﴾ وقول الدر وغيره : وقالا لا تدفع حتى يونس منه الرشد ، اي يعرف و يبصر منه الرشد . ومعلومٌ ان من جهل حاله ، لم يعرف منه الرشد . لكن استظهر الاول العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية ، وكذا العلامة الشلبي ايضاً في فتاويه ، فزعما ان من لم يظهر من حاله سفه ولا رشد ، يجوز الدفع اليه ولا يضمن ، مستدلين بتعليل الخانية ، فانه قال : يتيم ادرك مفسداً غير مصلح وهو في حجر وصيه فحجر عليه القاضي او لم يحجر ، فسئل وصيه ان يدفع اليه ماله فدفع اليه المال وضاع في يده ، ضمن وصيه ، لأن دفع المال اليه مع علمه بأنه مضيع ، تضييع ، فيضمن اه المقصود منه .

وحمل العلامة ابن عابدين ما تقدم عن الولوالجية على ما اذا كان قبل البلوغ غير رشيد مبذراً لماله ، ثم بلغ ولم يظهر رشده .

وفي كل من الاستدلال والحمل نظرٌ . اما الاول ، فلأن ما تقدم عن الولوالجية نصٌ صريح في المسئلة ، فلا يعارضه ما يفيده تعليل قاضي خان . على انه قد يقال : كما ان دفع المال مع علم الوصي بأنه مضيع تضييع ، كذلك دفعه مع عدم تحقق رشده ، كيف وقد تقدم في شرح المادة (٩٨١) انه يجب على الوصي ان لا يدفع المال اليه حتى يجربه . حتى لو منع منه المال لذلك وهلك بعد الطلب ، لا يضمنه الوصي .

واعلم ان هذا كله مبنى على قول الصاحبين المفتى به ، وهو الحجر بالسفه .

واما على قول الامام ، فلا شك بعدم الضمان بالدفع اليه وان بلغ مفسداً ، كما في رد المحتار . كما ان تصرفات الصبي صحيحة على قوله مطلقاً وعلى قول ابي يوسف ، ما لم يحجر عليه القاضي ، كما تقدم في شرح المادة (٩٨٢)

وبهذا تعلم ان ما قاله في التنقيح من انه يلزم على عدم جواز الدفع اليه قبل ظهور رشده ان كل من بلغ لا تصح تصرفاته حتى يعلم رشده اه ساقط ، لأن عدم ضمان الوصي بالدفع اليه قبل ظهور رشده مسئلة ، وصحة تصرفات الصبي بعد ما بلغ مفسداً مسئلة اخرى ، فتدبر .

المادة ٩٨٤ = ﴿ اذا اعطي الى الصغير ماله عند بلوغه ثم تحقق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم ﴾

لما تقدم في المادة (٩٥٨) من ان للحاكم ان يحجر على السفيه . والفرق بين هذه المادة والمادة (٩٨٣) ظاهر ، وهو ان تلك فيما اذا بلغ الصبي غير رشيد ، وهذه فيما اذا بلغ رشيداً وسلمت اليه امواله ثم عرض له السفه .

قال في منهوات تنقيح الحامدية : والحاصل ان الخلاف بين الامام وصاحبيه في مسئلتين : احداهما ان من بلغ غير رشيد هل يمنع عنه ماله مدة معلومة ام لا ؟ - فعنده مدته خمس وعشرون سنة ، وعندهما لا مدة له معينة ، بل لا بد له من استئناس الرشد وان صار شيخاً .

والثانية ان هذا المنع هل هو حجر حتى لا تصح تصرفاته في اثناء المدة ، ام غير حجر ؟ - فمذهب الامام ، الثاني ، ومذهبهما الاول ، والمفتى به في المسئلة الأولى قول الامام ، والثانية قولهما اه .

وقد علمت ان ظاهر المواد الثلاثة المذكورات اختيار قول الامامين في المسئلتين ، واختيار قول ابي يوسف باشتراط كون الحجر من الحاكم ، خلافاً لمحمد ، فتدبر .

المادة ٩٨٥ – * يثبت حد البلوغ بالاحتلام والأحبال والحيض والحبل *

ولا اعتبار لنبات العانة ولا اللحية ، ولا لنهود الثدي ، ولا لثقل الصوت ، ولا لشعر الساق والأبط والشارب ، ويثبت بالانزال باي سبب كان وهو الاصل ، فان الاحتلام لا يعتبر الا معه ، والاحبال لا يتأتى الا به . والاحتلام جعل اسماً لما يراه النائم من الجماع فيحدث معه انزال المني غالباً ، فغلب لفظ الاحتلام في هذا دون غيره من انواع المنام لكثرة الاستعمال (الكل من الدر وحواشيه) .

المادة ٩٨٦ – مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنا عشرة سنة ، وفي المرأة تسع سنوات ، ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة ، واذا اكمل الرجل اثنا عشرة سنة ولم يبلغ يقال له المراهق ، والمرأة تسعاً ولم يبلغ يقال لها المراهقة الى ان يبلغا *

يقال رهقه اي دنا منه رهقاً ، ومنه اذا صلى احدكم الى سترة فليرهقها ، وصبي مراهق مدان للحلم وكون المبدأ كما ذكر هو المختار كما في كتاب جامع احكام الصغار . وكون المنتهى كذلك قولهما وهو رواية عن الامام ، وبه قالت الائمة الثلاثة ، وعند الامام حتى يتم له ثمان عشرة سنة ، ولها سبع عشرة سنة . وبقولهما يفتى لقصر اعمار اهل زماننا (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ٩٨٧ – * من ادرك سن البلوغ ولم تظهر فيه آثار

البلوغ يعدّ بالغاً حكماً ❋

عبارة التنوير: فان لم يوجد فيهما شيء من ذلك ، يعني من الاحتلام وما عطف عليه فحتى يتم لكل منهما خمس عشرة سنة . به يفتى اه ، لان علامة البلوغ لا تتأخر عن هذه المدة فيهما غالباً فجعلوا المدة علامة في حق من لم تظهر له العلامة (درر ومجمع الانهر) .

المادة ٩٨٨ - ❋ الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ اذا ادعى البلوغ لا يقبل ❋

وان كان بحال يحتلم مثله ، لأن علامة البلوغ لا يتصور وجودها قبل هذا السن عادةً . قال في الدر معزياً للخزانة: اقر بالبلوغ فقبل اثني عشرة سنة، لا يصح الاقرار البتة ، وبعده يصح اه

المادة ٩٨٩ — ❋ اذا اقر المراهق او المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فان كانت جثة ذلك المقر غير محتملة للبلوغ وكان ظاهر الحال مكذباً له فلا يصدق وان كانت جثته تحتمل البلوغ ولم يكذبه ظاهر الحال يصدق ، وتكون عقوده واقاريره نافذة معتبرة ، ولو اراد بعد ذلك ان يفسخ تصرفاته القولية بان يقول اني في ذلك الوقت اي حين اقررت بالبلوغ لم اكن بالغاً فلا يلتفت الى قوله ❋

تقييد كون الاقرار في حضور الحاكم لم اره في شيء من كتب المذهب فلعله اتفاقي . نعم حكي في جامع الفصولين كما في رد المحتار عن القاضي محمود

السمرقندي ان مراهقاً اقرّ في مجلسه ببلوغه ، فقال بماذا ابلغت ، قال باحتلام ، قال ماذا رأيت بعد ماان انتبهت ، قال الماء ، قال اي الماء فان الماء مختلف ، قال المني ، قال ما المني قال ماء الرجل الذي يكون منه الولد ، قال على ماذا احتلمت على ابن او بنت او اتان ، قال على ابن واستحيا الولد ، فقال القاضي لا بد من الاستقصاء فقد يلقن الاقرار بالبلوغ كذباً ، قال شيخ الاسلام هذا من باب الاحتياط ، وانما يقبل قوله مع التفسير ، وكذا جارية اقرت بحيض اه . قال في رد المحتار والظاهر ان المراد بقوله وانما يقبل قوله مع التفسير اي تفسير ما بلغ به من احتلام او احبال فقط بلا هذا الاستقصاء اه .

وفي الشرنبلالية : يقبل قول المراهقين قد بلغنا مع تفسير كل بماذا بلغ بلا يمين اه .

وفي شرح مسكين على الكنز ، يشترط بعد بلوغه اثني عشرة سنة ان لا يكون بحال لا يحتلم مثله اه . ونقل محشيه العلامة ابو السعود عن السيد الحموي عن شرح درر البحار انه يشترط لقبول قولهما ان يبينا كيفية المراهقة حين السؤال عنه اه . وفي رد المحتار عن المنح عن الخانية : صبي اقر انه بالغ وقاسم وصيّ الميت قال ابن الفضل ، ان كان مراهقاً ويحتلم مثله يقبل قوله وتجوز قسمته وان كان مراهقاً ، ويعلم ان مثله لا يحتلم لا يجوز قسمته ولا يقبل قوله لانه يكذب ظاهراً وتبين بهذا ان اثني عشرة سنة اذا كان بحال لا يحتلم مثله اذا اقر بالبلوغ لا يقبل اه .

الفصل الثالث

« في السفيه المحجور »

المادة ٩٩٠ – السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ولكن وليّ السفيه الحاكم فقط وليس لابيه وجده واوصيائه عليه حق الولاية

المراد بالمعاملات التي يكون فيها كالصغير المميز ، تصرفات تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل ، كما قدمنا في شرح المادة (٩٥٨) ، ولذا قال في التنوير : فيكون بعني السفيه المحجور في احكامه كصغير ، الا في نكاح وطلاق ، وعتاق واستيلاد ، وتدبير ووجوب زكاة ، وفطرة وحج وعبادات بدنية محضة ، وزوال ولاية ابيه او جده ، وفي صحة اقراره بالعقوبات كما لو اقر على نفسه بوجوب القصاص في نفس او فيما دونها ، وفي الانفاق ، اي على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي ارحامه من ماله ، وفي صحة وصاياه بالقرب من الثلث فانه في جميع ذلك كبالغ غير محجور .

وبهذا تعلم ان تخصيص زوال ولاية الاب والجد دون غيرها بالاستثناء هنا ، انما هو لافادة ان ولي السفيه المحجور هو القاضي ، حتى لو باع السفيه واشترى ، فليس النظر في ذلك للاب او الجد او الوصي ، وانما هو للقاضي . فما كان خيراً اجازه ، وما كان فيه مضرة رده . وفي الحموي ، عن الخلاصة : المحجور عليه بالسفه على نوعين ، محجور لخفة في عقله ، بأن كان سليم القلب لا يهتدي الى التصرفات ، والثاني ان يكون مسرفاً مضيعاً لماله اه . اقول : وتقدم هذا في المادة (٩٤٦) وشرحها

المادة ٩٩١ = *تصرفات السفيه التي تتعلق بالمعاملات القوليه الواقعة بعد الحجر لا تصح ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس *

لا تنس ما تقدم في المادة (٩٦٢) من ان المحجور لا يكون محجوراً ، الا بعد وصول خبر الحجر اليه . فتكون عقوده واقاريره معتبرة الى ذلك الوقت

المادة ٩٩٢ - *ينفق على السفيه المحجور وعلى من لزمته

نفقتهم من ماله ❋

الاصل في هذا ان كل ما وجب عليه بايجاب الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام او كان حقاً للناس، فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب، الا ان القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها ، يعني لاحتياجها للنية ، لكن يبعث اميناً معه لئلا يصرفه الى غير وجهه . وان طلب من القاضي مالاً يصل به قرابته الذين يجبر على نفقتهم اجابه الى ذلك ، ولكن القاضي لا يدفع اليه المال بل يدفعه بنفسه الى ذوي الرحم المحرم منه ، ولا ينبغي للقاضي ان يأخذ بقوله حتى تقوم البينة على القرابة وعسرة القريب (هندية)

وفيها : ولو حلف بالله او نذر نذراً ، من هدي او صدقة ، او ظاهر من امرأة لا يلزمه المال ، ويكفر يمينه وظهاره بالصوم ، فان صام احد الشهرين ، ثم صار مصلحاً ، لم يجزه الا العتق بمنزلة معسر ايسر . وان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها ، ولا يسلم القاضي النفقة اليه ، بل يسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في الطريق بالمعروف كيلا يبذر ولا يسرق اه وتمامه فيها .

المادة ٩٩٣ ـ ❋ اذا باع السفيه المحجور شيئاً من امواله لا يكون بيعه نافذاً ولكن اذا راى الحاكم فيه منفعة يجيزه ❋

الا انه ينبغي للقاضي ان ينهي المشتري عن دفع الثمن اليه ، فان اجاز القاضي البيع ونهاه ان يدفع الثمن اليه فدفعه اليه ، فهلك في يده لم يبرأ المشتري من الثمن ، ويجبر على ان يدفع الثمن مرة اخرى ، وليس له ان ينقض البيع ولا خيار له . وان اجاز القاضي البيع مطلقاً ولم ينهه عن دفع الثمن اليه فدفع اليه ، يجوز ويبرا . ولو ان القاضي اجاز البيع مطلقاً ثم قال بعد ذلك ، يعني في غيبة المشتري : نهيت المشتري عن دفع الثمن

اليه ، فالنهي باطل حتى لو دفع الثمن اليه جاز ، ويبرأ عنه . فان بلغ المشتري نهي القاضي الآن ، لا يجوز له ان يدفع الثمن اليه ، ويثبت حكم النهي في حقه باخبار واحد ، سواء كان عدلا او لم يكن عندهما وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يثبت حتى يخبره رجلان او رجل واحد عدل ، وان كان قد قبض الثمن وهو قائم في يده ، وكان النظر في امضاء العقد ، فان القاضي يمضيه ويجيزه ، وهذا كالصبي يبيع ويعلم الوصي به ، ثم ينزع الثمن من هذا المستحق للحجر حتى يظهر رشده كما في ساير امواله .

وهذا اذا كان البيع بيع رغبة ، اما كان فيه محاباة ، فان القاضي لا يجيز هذا العقد بل يبطله ، فان لم يكن قبض الثمن فقد برىء المشتري عن الثمن . واسترد المبيع من يده ، وان كان قبض الثمن ، وكان الثمن قائمًا بعينه رده عليه ، فاما اذا قبض وهلك الثمن في يده ، فان القاضي يرد عليه هذا العقد ولا يمضيه .

ثم لا يضمن المحجور للمشتري شيئًا . وان كان المحجور استهلك الثمن . فان كان في البيع محاباة ، فان القاضي لا يجيز هذا العقد . ثم ينظر ان استهلكه فيما يحتاج اليه بان انفق على نفسه ، او حج حجة الاسلام ، او ادّى زكاة ماله ، فان القاضي يعطي الدافع مثله من مال المحجور ، وان كان بيع رغبة فانه يجيز هذا البيع . وان استهلك الثمن فيما لا يحتاج اليه بان صرفه الى وجوه الفساد ، ولا شك ان القاضي لا يجيز هذا البيع ، سواء كان بيع رغبة او فيه محاباة ، ثم عند ابي يوسف يضمن المحجور مثله للمشتري ، وعند محمد لا يضمن ، كذا في الهندية :

وفيها . ولو ان امرأة محجورة بالسفه تزوجت رجلا بمهر مثلها اواقل ، او اكثر ، ولا ولي لها ، ثم رفع ذلك الى القاضي ، فان كان الرجل لم يدخل بها وهو كفوء لها . وقد تزوجها على مهر مثلها او اكثر اواقل بحيث يتغابن الناس في مثله ، فالنكاح جائز وان باقل بما لا يتغابن الناس في مثله من كفوء ، فانه لا يجوز ويخير الزوج ان شاء اكمل لها مهر مثلها . وان ابى فرق القاضي بينهما . ومتى اختار الفسخ ، لا يلزمه من المهر شيء ، وان جائت الفرقة من جهة الزوج . وان تزوجت غير كفوء على مهر مثلها ، كان للقاضي ان يفرق بينهما . ولو اختلعت هذه المراة السفيهة من زوجها على مال ، جاز الخلع ، ولم يجب المال عليها لا في حال

الرجعة ولا في الثاني . ثم الطلاق ان وقع بما هو صريح في باب الطلاق ، كان رجعياً يملك الزوج الرجعة ، ان كان دخل بها ، وان وقع بلفظ الخلع ، يقع بائناً اه مختصراً

المادة = ٩٩٤ ﴾ لا يصح اقرار السفيه المحجور بدين لآخر مطلقاً يعني ليس لاقراره تأثير في حق امواله الموجودة في وقت الحجر والحادثة بعده ﴿

عبارة رد المحتار عن التتارخانية : والمحجور بالسفه لا يجوز اقراره لاحال الحجر ولا بعده ، ولا في المال القائم ولا الحادث اه . هذا بخلاف المحجور بسبب الدين ، فان اقراره في المال الحادث بعد الحجر نافذ عليه . وقوله لاحال الحجر ولا بعده متعلق بيجوز بمعنى ينفذ، يعني انه لا ينفذ اقراره لاحال فساده ولاحال صلاحه .

وفي الخانية : ولو اودع انسان عند محجور فاقر المحجور انه استهلك ، لا يصدق . فلو صار مصلحاً بعد ذلك يسئل عما اقر ، فان قال ما اقررت به كان حقاً يؤاخذ به في الحال ، وان قال ما اقررت به كان باطلاً لا يؤاخذ به اه . لكن عبارة الهندية عن المحيط ، بعد نقل ما مر عن الخانية هكذا :

ولو ان المحجور عليه بالسفه اودعه رجل مالاً فاقر انه استهلكه ، لم يصدق على ذلك ، فان صلح بعد ذلك سئل عن اقراره ، فان اقر انه استهلكه في حال فساده ، لم يضمن شيئاً في قياس قول ابي حنيفة ، لو كان يرى الحجر بالسفه وهو قول محمد . وعلى قياس قول ابي يوسف يضمن ، وان اقر انه استهلكه في حال صلاحه ، ضمن ذلك اه . فاما ان يكون اطلاق ما في الخانية مقيداً بما اذا اقر انه استهلكه في حال صلاحه ، واما ان يكون على اطلاقه واقتصاره على قول ابي يوسف ، مشعر بتصحيحه واختياره ، فتأمل .

وفي الهندية ايضاً ، عن المحيط ، ولو ان رجلاً اودع هذا السفيه مالا واستهلكه بمحضر من الشهود ، لا يضمن ، لا في الحال ولا بعدما صار مصلحاً لماله

في قياس قول ابي حنيفة ، لو كان يرى الحجر ، وهو قول محمد . وعند ابي يوسف يضمن ، وكان الجواب فيه كالجواب في الصبي المحجور اذا استهلك ما كان وديعة عنده بمحضر من الشهود ، فانه لا يضمن عندهما . وضمن عند ابي يوسف اه وهذا بخلاف ما لو اقر السفيه المحجور انه اخذ مال رجل بغير اذنه فاستهلكه ، فانه لو اقر بعد صلاحه ان ما اقر به كان حقاً ، يؤاخذ به ، سواء كان الاتلاف في حال السفه او في حال الاصلاح اتفاقاً ، لانه غير مسلط من صاحب المال ، بخلاف الايداع

وفي الخانية : ولو ان رجلاً اقرض محجوراً او اودعه ، ثم صار مصلحاً فقال لصاحب المال كنت اقرضتني في حال فسادي فانفقتها ، او قال اودعتني في حال فسادي فانفقتها ، وقال صاحب المال لا بل اقرضتك في حال صلاحك ، كان القول قول صاحب المال ويضمن المحجور ، وان قال صاحب المال اقرضتك في حال فسادك واستهلكته في حال صلاحك ، وقال المحجور ، اقرضتني في حال فسادي واستهلكته فيه ، كان القول قول المحجور ، فان اقام صاحب المال البينة ، انه اقرضه في حال فساده ، ولكن استهلكه في صلاحه ، قبلت بينته اه . وهذا في الوديعة ، اما لو اقرانه اخذ مال رجل بغير اذنه ثم بعد صلاحه قال رب المال كنت محقاً في اقرارك ، وقال المحجور عليه بل كنت مبطلا في الاقرار ، فالقول قول المحجور ، وعلى رب المال البينة انه استهلكه ولو حال فساده ، كما في الهندية عن المحيط . وفيها عنه لا يصدق السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في اربعة اشياء ، في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة ، وان كان السفيه امرأة فانها تصدق في ثلاثة اشياء في الوالد والزوج ومولى العتاقة ، ولا تصدق في الولد . ثم اذا صدق في حق هؤلاء ، ان ثبت غير هولاء بالبينة ، فانه تجب النفقة في ماله ، وان لم يثبت غيرهم بالبينة ولكن السفيه اقر ، فانه لا تجب النفقة وكذلك لو اقر لامرأة بنفقة ما مضى لم تصدق الا ببينة اه

المادة ٩٩٥ - ﴿ حقوق الناس التي هي على المحجور تؤدى من ماله ﴾

سواء كانت الحقوق ثابتة باسباب وقعت قبل الحجر او بعده كما اذا تلف مال انسانه وهو محجور بلا تسليط من المالك ، كما قدمناه مراراً .

المادة ٩٩٦ - ✻ اذا استقرض السفيه المحجور دراهم وصرفها في نفقته فان كان صرفها بالمعروف اداها الحاكم من ماله . وان كان قد صرف زائداً عن القدر المعروف يؤدى مقدار نفقته ويبطل الزايد عنها ✻

في الخانية : ولو ان سفيهاً محجوراً استقرض مالاً ليعطي صداق المرأة ، صح استقراضه ، فان لم يعط المرأة وصرف المال في بعض حوائجه لا يؤاخذ به ، لا في الحال ولا بعد البلوغ ، لأن السفيه المحجور بمنزلة الصبي والمجنون ، فلا يصح التزامه ، لأنه ليس من اهل الالتزام اه مختصراً اقول: قوله « في بعض حوائجه » الظاهر ان المراد منه انه صرفها في حوائجه الغير الضرورية ، بان صرفها زائداً عن القدر المعروف ، وليتأمل ويشهد له ما في الهندية عن المبسوط : ولو استقرض مالاً فانفقه على نفسه بنفقة مثله ، ولم يكن القاضي انفق عليه في تلك المدة ، قضاه من ماله ، وان كان انفقه باسراف حسب القاضي للمقرض من ذلك مثل نفقة المحجور عليه في تلك المدة ، وقضاه من ماله وابطل الزيادة على ذلك اه

المادة ٩٩٧ - ✻ اذا اكتسب السفيه المحجور صلاحاً يفك الحاكم حجره ✻

هذه المادة ظاهرة في اختيار قول ابي يوسف رحمه الله من ان السفيه سواء بلغ سفيهاً او بلغ رشيداً ، ثم صار سفيهاً لا ينحجر الا بحجر القاضي ولا ينفك الحجر عنه الا بفك القاضي ، وقال محمد فساده في ماله يحجره ، وصلاحه يطلقه ، فلو باع

قبل حجر القاضي ، جاز عند ابي يوسف لا عند محمد ، وقدمناه في شرح المادة (٩٨٢) عن رد المحتار ان ظاهر كلامهم ترجيح قول ابي يوسف . ووجهه كما في الزيلعي ، ان السفه ليس بشيء محسوس ، وانما يستدل عليه بالغبون في تصرفاته وذلك محتمل ، لانه يجوز ان يكون للسفه ويجوز ان يكون لغرض فيه منفعة ، فاذا تردد لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي . بخلاف الجنون والعته والصغر ولان الحجر عليه نفسه متردد بين الضر والنفع لان اهدار اهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له ، فلا بد من القضاء ليترجح احد الجانبين على الآخر . واذا كان الحجر لا يثبت الا بقضاء القاضي ، فلا يرتفع ايضاً الا به وان صار مصلحاً لماله ، كما في الهندية . ومتى ثبت صلاحه في ماله لدى القاضي الذي حجر عليه او لدى قاض آخر ، اطلقه . وقبل اطلاقه جميع تصرفاته غير صحيحة . ولو ادعى المحجور بالسفه الرشد وادعى خصمه بقاءه على السفه ، وبرهنا ، قدمت بينة الرشد كما نقله في رد المحتار عن البيري وابي السعود معزياً لذخيرة الناظر . لأن السفه بعد الحكم تأكد وثبت ، فالأصل بقاؤه والقول قول مدعي الأصل ، والبينة بينة مدعي خلافه . واما ما في الدر عن الاشباه من انه لا ينبغي تقديم بينة بقاء السفه فلم يتابعه عليه احد كما في رد المحتار . نعم لو ادعى عليه السفه قبل الحكم وادعى هو الرشد فالقول قوله ، لأن الأصل في البالغ العقل وان يكون رشيداً ، وعلى مدعي السفه البينة ، لأنه يدعي خلاف الأصل . لان البينة شرعت لاثبات خلافه . وما نقله الشارح سليم باز عن الطحطاوي معزياً للظهيرية ، مما حاصله انه لو اختلف المحجور عليه والمشتري فقال المحجور اشتريته في حال الحجر والبيع غير صحيح ، وقال المشتري بل في حال صلاحك ، وكذا لو اطلقه القاضي فقال المشتري اشتريته بعد ما اطلق عنك وقال المحجور بل اشتريته في حال الحجر ، فالقول للمحجور في الصورتين اه

وايده ما تقدم عن البيري وابي السعود زاعماً انه نقل صريح في المسئلة حتى قال: فما في الاشباه لم يوافق المنقول ، فهو كلام خارج عن التفقة والتدبر لان ما تقدم مسئلة وهذه مسئلة اخرى يدعي احدهما صحة البيع والآخر فساده ومعلوم ان القول قول مدعي الصحة لانها الاصل ، والبينة بينة مدعي الفساد .

﴿ تنبيه ﴾

قد علمت ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى الحجر بالسفه ، والقول بالحجر هو قول الصاحبين رحمهما الله تعالى وبقولهما يفتى كما تقدم فلو حجر القاضي عليه يصير محجوراً على اتفاق من الصاحبين فلو رفع هذا الحجر الى قاض آخر ، فاطلقه وهو سفيه واجاز تصرفاته الحاصلة قبل هذا الاطلاق اخذاً بقول ابي حنيفة لا يصح هذا الاطلاق ولا الحكم بصحة التصرفات لما علمت من ان المفتى به قولهما وان المجلة قد اخذت به وقد امر السلطان نصره الله تعالى قضاته بالعمل باحكامها فكل قاض حكم بخلاف ذلك ، لا يصح حكمه لانه معزول بالنسبة الى الحكم بخلافه ولأن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الاجماع كما في رد المحتار عن تصحيح العلامة قاسم وفيه عن فتاويه وليس للمقلد ان يحكم بالضعيف لانه ليس من اهل الترجيح وعن ابن الغرس واما المقلد المحض فلا يقضي الا بما عليه العمل والفتوى وعن صاحب البحر اما القاضي المقلد فليس له الحكم الا بالصحيح المفتى به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف اه ٠

واما ما في الدر والدرر والزيلعي والخانية والهندية وغيرها : من انه لو رفع حجر القاضي الى قاض آخر فاطلقه واجاز ما كان صنعه المحجور من بيع وشراء يكون كل من الاطلاق والاجازة صحيحاً لانه مجتهد فيه والحكم الاول لم ينفذه قاض آخر حتى يكون لازماً الى آخر ما ذكروه ، فانما هو في القاضي المجتهد الذي اطلق له السلطان لا في قضاة زماننا فليتنبه لذلك ٠

﴿ الفصل الرابع ﴾

- في المدبون المحجور -

المادة ٩٩٨ - ﴿ لو ظهر عند الحاكم مماطلة المدبون في اداء دينه حال كونه مقتدراً وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله واذا امتنع عن بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وادّى دينه فيبدأ بما

اهون في حق المدبون بتقديم النقود اولاً فان لم تف فالعروض وان لم تف العروض ايضاً فالعقار ❋

مسايل هذا الفصل على نوعين احدهما ان يكون المديون غنياً مقتدراً على ايفاء دينه فيماطل الداين . والحكم في هذا النوع ان القاضي بطلب الداين اذا ظفر من مال المديون بما هو من جنس دينه حقيقة ، بأن كان الدين دراهم فظفر بدراهم المديون . او حكماً بان كان الدين دراهم فظفر بدنانيره لاتحادهما في الثمنية كان للقاضي ان يقضي دين الداين منها بلا رضى المديون ، لأن للداين ان يأخذ بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضى الداين ، فكان للقاضي ان يعينه . وهذا متفق عليه بين الامام وصاحبيه . وان لم يظفر بذلك وكان للمديون عرض او عقار ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، لا يبيع القاضي شيئاً من عرضه ، او عقاره لانه لا يرى الحجر على المديون . ولكن يحبس المديون ، الى ان يبيع بنفسه ويقضي دينه ولا يكون ذلك اكراهاً مبطلا للبيع ، لانه بحق اذ هو ظالم بالمنع . وعندهما يبيع القاضي عرضه وعقاره ، وكل ما هو ملك له ويقضي دينه . وبقولهما يفتى كما في التنوير وغيره ، وبه اخذت المجلة كما ترى . هذا ما صرح به في الدر وحواشيه وغيرها ، وفي رد المحتار معزياً للتبيين . ثم عندهما يبدأ القاضي ببيع النقود ثم العروض ، ثم العقار ، وقال بعضهم يبدأ ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ، ثم بما لا يخشى عليه ثم بالعقار ، فالحاصل انه يبيع ما كان انظر له اه .

وفي الهندية : وهذا في المديون الحاضر عندهما بلا خلاف بين المشايخ . وفي المديون الغايب ، اختلف المشايخ على قولهما . بعضهم قالوا لا يجوز بيع القاضي عليه اذا غاب الزوج وطلبت المرأة من القاضي ان يبيع ماله في نفقتها ، فالقاضي لا يبيع عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وكذلك عندهما على قول بعض المشايخ . وان كان مال الغائب شيئاً يخاف عليه الفساد ، يبيع بالاجماع . وكذلك اذا كان للغائب عبد وخاف القاضي ان تستغرق نفقته قيمته ، فالقاضي يبيعه بالاجماع اه .

وهذا في حق البيع ، واما الحجر فيصح عندهما وان كان المحجور المديون غايباً

ولكن يشترط علم المحجور عليه بعد الحجر، كما تقدم في المادة (٩٦٢) وشرحها. وهذا النوع هو المذكور في هذه المادة .

النوع الثاني : ان يكون المدبون مفلساً ، بأن كانت ديونه تستغرق امواله او تزيد ، فان القاضي بطلب الداينين يحجره عن التصرف في ماله ، وعن اقراره بدين لآخر ، وهذا النوع هو المذكور مع احكامه في المواد الباقية في هذا الفصل .

وفي الهندية : واذا باع القاضي عندهما مال المدبون لقضاء ديونه ، او امر امينه بالبيع ، فان العهدة على المطلوب ، لا على القاضي وامينه . والعهدة هي ان المبيع لو استحق فانه يرجع بالثمن على المطلوب لا على القاضي وامينه اه .

المادة ٩٩٩ — ❋ المدبون المفلّس الذي دينه مساوٍ لماله او ازيد اذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة او ان يخفيه او يجعله باسم غيره . وراجعوا الحاكم عَلَى حجره عن التصرف في ماله او عن اقراره بدين لآخر حجره الحاكم و باع امواله وقسمها بين الغرماء ولكن تُترك له من الألبسة ما يحتاج اليه . وان كان للمدبون ثياب ثمينة و كان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثياباً رخيصة تليق بحاله واعطى باقيها للغرماء ايضاً . و كذلك ان كان له دار ، و كان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها داراً مناسبة لحاله واعطى باقيها للغرماء ❋

في رد المحتار : قال في الدر المنتقى ، ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالافلاس ثم الحجر بناء عليه . ولا يشترط ذلك في الحجر بالسفه اه وفي التتارخانية : ان حجر السفيه ، لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغرماء بخلافه بسبب الدين فيفتقر للقضاء اه مختصراً .

اذا علمت هذا تعلم ان المفلس في هذه المادة بتشديد اللام من التفليس بمعنى المحكوم بافلاسه، وفي الزيلعي: وقال الصاحبان اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه، حجر عليه القاضي، وباع ماله ان امتنع من بيعه، وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالاقرار وبيعه بأقل من قيمته، لما روي ان معاذاً ركبه دين فباع رسول الله صلى عليه وسلم ماله وقسمه بين غرمائه بالحصص، ولأن في الحجر عليه نظراً للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالاقرار والتلجئة، ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه حتى يحبس عليه، فاذا امتنع ناب القاضي منابه اه ·

وفيه ايضاً : فالحاصل ان القاضي نصب ناظراً فينبغي ان ينظر للمدين كما ينظر الى الداين فيبيع ما كان انظر اليه ويترك عليه دستٌ اي بدلة من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية · وقيل يترك دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد من ملبس · وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك، فانه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوباً يلبسه لان قضاء دينه فرض عليه فكان اولى له من التجمل ·

وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكناً يكفيه · وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء اه وفي الهندية: يبيع الكانون من الحديد ويتخذ من الطين اه ·

وذكر في رد المحتار : لو كان عنده عقارات وقف سلطانيٌ زايدة على سكناه، او صدقات في الدفاتر السلطانية لا يؤمر ببيعها، كما افتى به غير واحد من العلماء اه اي لا يؤمر بالفراغ عنها اذ لايجوز بيعها · تامل اه وفي تنقيح الحامدية : ولو كان المديون المفلس معتملاً ويفضل عنه وعن نفقة عياله شيء يصرفه الى دينه، فللدائن ان يأخذ فضل كسبه اه ·

وفيها : اذا كان للمديون قدر استحقاق في وقف اهلي يوزع ما يفضل من قدر استحقاقه عن نفقته بين ارباب الديون بحسب ديونه اه ·

المادة ١٠٠٠ - ✻ ينفق على المحجور المفلس ، وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله ✻

لأن النفقة على المدين المحجور وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه من حوائجه الاصلية ، وحاجته الاصلية ، مقدمة على حق الغرماء (افاده الزيلعي) .
وفي الخانية : ولا يضيق عليه في مأكوله ومشروبه وملبوسه ، و يقدر له المعروف والكفاف اه .

المادة ١٠٠١ = ✻ الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر ✻

الحجر له اثران اثر في مال المدين بحيث يتعلق به حق الداين فلا يتمكن المحجور من ابطال حقه فيه ، فهو خاص بما كان موجوداً وقت الحجر ، فان لم يكن موجوداً وقته له ان يتصرف فيه كما يشاء . وبهذا الاثر ، يخالف الحجر بالسفه ، فأنه يؤثر في المال ، الموجود وقت الحجر والمستفاد بعده ، كما مر في المادة (٩٩٤) وهذه المادة موضوعة لبيان حكم هذا الاثر ، واثر في تصرفات المحجور فيمنعها من الصحة في كل ما يؤدي الى ابطال حق الداين ، والى بيان حكم هذا الاثر الاشارة بالمادة الآتية ، وهي :

المادة ١٠٠٢ - ✻ الحجر يؤثر في كل ما يؤدي الى ابطال حق الغريم كالهبة والصدقة و بيع مال بأنقص من ثمن مثله . بناء عليه لا تعتبر تصرفات المديون المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر . ولكن تعتبر في حق

اموا له التي اكتسبها بعد الحجر · ولو اقر لآخر بدين لا يعتبر اقراره في حق امواله التي كانت موجودة وقت الحجر و يعتبر بعد زوال الحجر و يبقى مديونًا بادلتها ذلك الوقت · وايضًا ينفذ اقراره على ان يؤدي مما يكتسب بعد الحجر *.

تضمنت هذه المادة بيان الاثر الثاني للحجر وهو ما يتعلق بتصرفات المحجور عليه مع توضيح ما اجمل في المادة السابقة · قال في رد المحتار : وفي التتارخانية : ثم اذا صح الحجر بالدين صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة ، فكل تصرف ادى الى ابطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه كالهبة والصدقة · واما البيع ، فإن بمثل القيمة ، جاز · وان بغبن ، فلا ، و يتخيّر المشتري بين ازالة الغبن و بين الفسخ – كبيع المريض ، فان باع من الغريم وقاصصه بالثمن، جاز لو الغريم واحداً، والاً صح البيع من احدهم لو بمثل القيمة دون المقاصصة · و كذا لو قضى دين البعض دون البعض ، كالمريض اه ملخصاً اه ·

اقول : وظاهره ان الغريم لو كان واحداً يصح بيعه منه ولو بغبن ، تأمل ·

وقوله « وان بغبن ، فلا يعني « ولو كان الغبن يسيراً » كما في الهندية ·

وفيها : ولو حجر القاضي على رجل لقوم لهم ديون مختلفة فقضى المحجور دين بعضهم فشاركه الباقون فيما قبض ، يسلم له حصته و يدفع ما زاد على حصته الى غيره من الغرماء · ولو اقر على نفسه بحد او قصاص ، صح اقراره · و كذا لو اعتق او دبر ، صح اعتاقه وتدبيره ·

والحاصل ان كل ما يستوى فيه الجد والهزل ينفذ من المحجور ، وما لا ينفذ من الهازل لا ينفذ من المحجور الاّ بأذن القاضي ·

ولو استهلك مال انسان بمعاينة الشهود لزمه ضمان ذلك · ومن له الضمان يحاص الغريم الذي حجر لاجله فيما كان في يده · ولو اشترى المحجور جارية بمعاينة الشهود بأكثر من قيمتها ، فان بائع الجارية يحاص الغريم الذي حجر لاجله بمقدار قيمتها ، وما زاد على قيمتها يأخذه من المال الذي يحدث بعد الحجر · اه

اقول : انظر قوله « وما لا ينفذ من الهازل لا ينفذ من المحجور الخ » مع ما تقدم قبله عن التتارخانية من ان بيعه بمثل القيمة جائز الخ .

وفي الهندية عن المحيط : ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود بان شهدوا على الاستقراض او الشراء بمثل القيمة ، شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر اه .

اقول : قوله « بعلمه » يعني القاضي ، هذا مبني على ما عليه المتقدمون من ان للقاضي ان يقضي بعلمه . اما على ما عليه المتأخرون وهو المفتى به ، فلا (افاده ابو السعود ، ومثله في رد المحتار)

وفي الخانية : ولو اقر لانسان بدين ، لا يصح اقراره في حق الغريم الذي حجر لاجله . فاذا زال دين هذا الغريم يظهر صحة اقراره السابق . وكذا لو اكتسب ما لا ينفذ اقراره فيما اكتسب وحدث ، وان كان دين الغريم الاول قائماً . وتنفذ تبرعاته فيما اكتسب مع بقاء دين الاول ولو تزوج المحجور امرأة ، صح نكاحه . فاذا زاد على مهر مثلها ، فمقدار مهر المثل يظهر في حق الغريم الذي حجر لاجله ، يحاص الغريم في ذلك وما زاد على مهر المثل لا يظهر في حق الغريم الذي حجر لاجله ، فيظهر في المال الذي حدث له بعده اه .

وفي التنوير وشرحه الدر : افلس ، يعني حكم الحاكم بانلاصه ، ومعه عرض شراه فقبضه بالاذن من بائعه ولم يؤد ثمنه ، فبايعه اسوة الغرماء في ثمنه . فان افلس قبل قبضه او بعده ، والقبض بغير اذن بايعه ، كان له استرداده وحبسه بالثمن . وقال الشافعي : للبايع الفسخ اه ومثله في الملتقى وشروحه .

وقوله « كان له استرداده » اي فيما لو افلس بعد قبضه بغير اذن . وقوله « وحبسه بالثمن » فيما لو افلس قبله ، ففيه لف ونشر على عكس الترتيب ، تأمل (كذا في رد المحتار)

اقول : ولا مانع من ان يكون الحبس والاسترداد فيما لو افلس بعد القبض ، لان الاسترداد انما يكون لاجل حبسه بالثمن ، لا لاجل ارجاعه الى ملكه بفسخ البيع ، فان هذا مذهب الشافعي كما علمت . واذا كان له الاسترداد والحبس ، كان له الحبس قبل القبض من باب اولى ، فتدبر .

﴿ الباب الثاني ﴾

﴿ في بيان المسائل التي تتعلق بالاكراه ﴾

المادة ١٠٠٣ - ﴿ يشترط ان يكون المجبر مقتدراً على ايقاع تهديده بناء عليه من لم يكن مقتدراً على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه ﴾

ذكر في الخانية ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وفي قول صاحبيه رحمهما الله تعالى يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به ، وعليه الفتوى اه .

وذكر في التتارخانية ان المكره (بفتح الراء) اذا لم يتمكن من الاستعانة بغيره ، فالاكراه يتحقق من غير السلطان بالاجماع . اما اذا تمكن ، فهو على الاختلاف عند ابي حنيفة ، لا يتحقق ، وعندهما يتحقق اه .

وفي الهندية عن المبسوط : ويعتبر في الاكراه معنى في المكره (بالكسر) ومعنى في المكره (بالفتح) ومعنى في ما اكره عليه ، ومعنى فيما اكره به . فالمعتبر في المكره تمكنه من ايقاع ما هدده به ، فانه اذا لم يكن متمكناً من ذلك فاكراهه هذيان . وفي المكرَه ان يصير خايفاً على نفسه من جهة المكرِه في ايقاع ما هدد به عاجلا ، لانه لا يصير ملجئاً محمولاً طبعاً الا بذلك . وفيما اكره به ان يكون متلفاً او مزمناً او متلفاً عضواً او موجباً غماً يعدم الرضى . وفيما اكره عليه ان يكون المكره ممتنعاً منه قبل الاكراه اما لحقه او لحق آدمي آخر او لحق الشرع . وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم اه .

وباعتبار هذه المعاني الاربعة صارت شروط تحقق الاكراه اربعة ، كما في الدر والدرر وغيرهما . قال في الدر : وهذا يعني كون المكره به موجباً غماً يعدم

الرضى ، ادنى مراتب الاكراه · وهو يختلف باختلاف الاشخاص ، فان الاشراف يغمون بالكلام الخشن والارزال ربما لا يغمون الا بالضرب المبرح اه ·

هذا وذكر في التنوير وشرحه الدر ما نصه : خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها ، لم تصح الهبة ان قدر الزوج على الضرب · وان هددها بطلاق او تزوج عليها او تسرٍّ ، فليس باكراه (خانية)

وفي مجمع الفتاوى : منع امرأته المريضة عن المسير الى ابويها الا ان تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة ، لانها كالمكره ·

قلت : ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى ، وهي : زوج بنته البكر من رجل فلما ارادت الزفاف ، منعها الاب ، الا ان يشهد عليها انها استوفت منه ميراث امها فأقرت ثم اذن لها بالزفاف ، فلا يصح اقرارها ، لكونها في معنى المكرهة ، وبه افتى ابو السعود اه ·

قال في حاشية في رد المحتار : وكذلك افتى به الرملي وغيره ، ونظمه في فتاواه بقوله :

ومانع زوجته عن اهلها	لتهب المهر يكون مكرها
كذاك منع والد لبنته	خروجها لبعلها من بيته

ثم قال : وانت تعلم ان البيع والشراء والاجارة كالاقرار والهبة ، وان كل من يقدر على المنع من الاولياء كالاب للعلة الشاملة ، فليس قيداً · وكذلك البكارة ليست قيداً كما هو مشاهد في ديارنا من اخذ مهورهن كرهاً عليهن ، حتى من ابن ابن العم وان بعد ، وان منعت اضرّ بها او قتلها اه ·

المادة ١٠٠٤ - ❋ يشترط خوف المكره من وقوع المكره به · يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجبر المكره به ان لم يفعل المكره عليه ❋

هذا الشرط عبارة عن المعنى الذي يعتبر في جانب المكره (بفتح الراء) كما

علمت آنفاً ·

﴿ تنبيه ﴾

قد شاهدنا في زماننا بعض من لا يخاف الله تعالى من الظلمة ار باب النفوذ اذا اراد اخذ قرية من اهلها او كان له قرية في جوار بعض القرى فاراد الاستيلاء على قطعة عظيمة من اراضي تلك القرية المجاوره لقريته يوشي على اهل تلك القرية بجناية او يدعي عليهم بانهم احرقوا له بيتاً من بيوت قريته او نحو ذلك مما يعد جناية الى الحاكم او بعض اولي الأمر المتهافتين على اكل الرشوة الذميمة فيلقونهم او بعضهم في السجن بمجرد الدعوى والاتهام فلا يخرجهم الحاكم او ولي امر بلدة ذلك الظالم حتى يفرغوا له اراضيهم ، فلا شك ان فراغهم هذا باطل،لانهم مكرهون عليه ، بل لو هددهم ذلك الظالم بالشكوى والاتهام وعلموا انهم لو لم يجيبوه الى ما طلب لفعل ما هدد به ، كان الأمر كذلك · ولا يبعد ان يكون مجرد طلبه البيع او الاقرار اكراهاً عليه ، ففي الخانية ما نصه : ونفس الامر من السلطان من غير تهديد يكون اكراهاً · وعندهما ان كان المأمور يعلم انه لو لم يفعل ما امره به يفعل به ما يفعله السلطان ، كان امره اكراهاً·

المادة ١٠٠٥ — ﴿ ان فعل المكره عليه في حضور المجبر او من يتعلق به يكون الاكراه معتبراً · واما اذا فعله في غياب المجبر او من يتعلق به فلا يعتبر لانه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الاكراه ·مثلا لو اكره احد آخر على بيع ماله وذهب المكره و باع ماله في غياب المجبر ومن يتعلق به فلا يعتبر الاكراه و يكون البيع صحيحاً ومعتبراً ﴾

لما في الخانية : وان غاب المكره عن بصر من اكرهه يزول الاكراه اه ·
اقول : الظاهر ان هذا فيما اذا كان المكره به فعلا يباشره المكره او من

يتعلق به كقتل ونحوه فان كون الاكراه حينئذٍ يزول ، بغيبة المكره او من يتعلق به ظاهر . اما اذا لم يكن كذلك كأن هدده بان يفترى عليه جناية حرق بيت مثلاً و يسعى بذلك الى حاكم ليحبسه المدد المتطاولة بمجرد السعي والشكاية والمكره يعلم انه لو لم يفعل ما امر به لفعل المكره ما هدد به ، فالظاهر ان الاكراه يتحقق وان غاب عن بصره من اكرهه ، لان الاكراه بمثل ما ذكرنا لا يزول بغيبة المكره كما لا يخفى ، ومعلوم ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدما .

هذا ونقل في الدر عن المجتبى ما نصه : المكره على الاخذ والدفع يعني اخذ مال الغير ودفعه الى المكره انما يسعه ذلك ما دام حاضراً عنده المكره ، والا لم يحل ، لزوال القدرة والالجاء بالبعد منه ..

وبهذا تبين انه لا عذر لاعوان الظلمة في الاخذ عند غيبة الامير او رسوله ، فليحفظ اه .

وفي الهندية عن المبسوط : ولو اكرهه بوعيد تلف على ان يأخذ مال فلان ويدفع اليه، رجوت ان يكون في سعة من اخذه ودفعه اليه . والضمان فيه على الآمر وانما يسعه هذا ما دام عنده الآمر ، فان كان ارسله ليفعل فخاف ان يقتله ان ظفر به ان لم يفعل او يفعل ما هدده به ، لم يحل الاقدام على ذلك الا ان يكون رسول الآمر معه على ان يرده اليه ان لم يفعل . ولو لم يفعل ذلك حتى قتله كان في سعة ان شاء الله تعالى . فلو كان المكره هدده بالحبس او القيد لم يسعه الاقدام على ذلك ، اه وان كان المكره حاضراً ، لان الاكراه ليس بملجيء ، فتدبره ملياً فان فيه ما يؤيد ما استظهرناه ، والله سبحانه اعلم .

المادة ١٠٠٦ — ✻ لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه المعتبر ولا الشراء ولا الايجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والاقرار والابراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الاكراه او غير ملجيء . ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه يعتبر ✻

تقدم في المادة (٩٤٩) بيان الاكراه الملجي، وغير الملجي فراجعه · وكل منهما يعدم الرضى ، والرضي شرط لصحة هذه العقود ، فتفسد عند فواته ·

ولا يبطل حق الفسخ بموت احدهما اي المكره او المكره ولا بموت المشتري ، ويقوم ورثة كل مقامه - ولا بالزيادة المنفصلة ، وتضمن بالتعدي لا بدونه ، سواء كانت متولدة كالثمرة او لا كالارش ، وكذا المتصلة المتولدة كالسمن · واما غير المتولدة كصبغ وخياطة ولتّ سويق ، فيمنع الاسترداد الا برضى المشتري · كذا ذكروا في البيع الفاسد · ذكره الرملي في حاشية المنح تفقهاً ، وامر بالتأمل ، وهو تفقه حسن ، لانهم صرحوا بأن بيع المكره فاسد الا في اربع صور ستأتي ، كذا في الدر المختار وحاشيته رد المحتار ·

ثم ان تلك العقود نافذة عندنا وليست موقوفة ، خلافاً لزفر (كذا في الدر) فيثبت به ، اي بكل واحد من البيع والشراء ونحوهما ، الملك مطلقاً ، سواء كان ملك عين او ملك منفعة عند القبض للفساد (كذا في شرح مسكين على الكنز) فيصح من المكره (بالكسر) ، كل تصرف لا يمكن نقضه كالعتق والتدبير والاستيلاد والطلاق ، ولزمه قيمته يوم الاعتاق او القبض ، بخلاف ما يمكن نقضه من بيعه وهبته وتصدقه ونحوها (افاده في الدر وحواشيه)

وحيث توقف انقلاب بيع المكره صحيحاً على رضى البائع واجازته ، فبقبضه الثمن او تسليمه المبيع طوعاً ينقلب صحيحاً ، لدلالتها على الرضى والاجازة - بخلاف ما اذا قبض الثمن مكرهاً ايضاً ، فان البيع لا يلزم ويرد الثمن ولا يضمنه ان هلك في يده ، لانه امانة · وقيد بتسليم المبيع للاحتراز عن الهبة ، فاذا اكره عليها ولم يذكر المكره الدفع فوهب ودفع ، يكون باطلاً ، لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد ، فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع (افاده ايضاً في الدر وحاشيته رد المحتار) وانما كان للمكره الخيار بين الفسخ والامضاء مع ان البيع الفاسد يجب على المتعاقدين فسخه ، لان فساد بيع المكره كان لحقه وهو فوت رضاه ، فاذا رضي فقد وصل اليه حقه بخلاف البيع الفاسد بغير الاكراه ، فانه لحق الشرع و لذا ذكر في الدر وحواشيه ان بيع المكره يخالف البيع الفاسد في اربع صور : الاول يجوز بالاجازة القولية والفعلية ،

كقبض الثمن وتسليم المبيع طوعاً ، يعني ينقلب صحيحاً بها بخلاف غيره من البيوع الفاسدة كبيع درهم بدرهمين مثلاً ، لا يجوز وان اجازاه ، لان الفساد فيه لحق الشرع .

والثاني ان المكره على البيع ينقض تصرف المشتري وان تداولته الايدي ، لان الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع .

الثالث : انه لو تصرف فيه المشتري تصرفاً لا يحتمل النقض كالاعتاق ، يضمن قيمته يوم التسليم الى المشتري ، وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم احدث فيه تصرفاً لا يحتمل النقض ، لأنه اتلف به حق الاسترداد ، بخلاف المشتري شراء فاسداً بغير الاكراه ، حيث لا يضمنه يوم الاحداث بل يوم قبضه .

اقول : وان شاء ضمن المكره قيمته يوم تسليمه للمشتري ، كما في الهندية عن الذخيرة . وهذا فيما اذا كان المكره رجلاً آخر غير المشتري ، والرابع ان الثمن فيما اذا كان المكره هو البائع والثمن فيما اذا كان هو المشتري امانة في يد المكره وهو البائع في الاول ، والمشتري في الثاني ، لاخذه باذن المشتري او البايع فلا ضمان بلا تعداه .

❋ فروع ❋

اكرها على بيع العبد وشرائه وعلى التقابض فهلك الثمن والعبد ، ضمنهما المكره لهما . فان اراد احدهما تضمين صاحبه ، سئل كل عما قبض . فان قال كل قبضت على البيع الذي اكرهنا عليه ليكون لي ، فالبيع جائز ولا ضمان على المكره . وان قال كل قبضت مكرها لارده على صاحبه وآخذ منه ما اعطيت وحلف كل لصاحبه على ذلك ، لم يضمن احدهما الآخر . وان نكل احدهما ، فان كان المشتري ضمن البائع ايّاً شاء ، فان ضمن المكره قيمته رجع بها على المشتري . وان ضمنها المشتري لم يرجع المكره بها ولا على البايع بالثمن . وان كان الناكل البايع فان شاء المشتري ضمن المكره الثمن ورجع به على البايع ، وان شاء ضمنه البايع ولم يرجع به على المكره (رد المحتار عن الهندية ملخصاً)

وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ، ضمن قيمته للبايع ، لأن قبضه بحكم عقد فاسد ، فكان مضموناً عليه بالقيمة ، وللمكرَه ان يضمن المكره لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف ، وان لم يكن آلةً له في حق

التكلم لعدم الصلاحية ، لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كانه دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب . فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه ، فقام مقام المالك المكره ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره ، كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن . ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات ، نفذ الكل بتضمين الاول ، وله ان يضمن من شاء من المشترين ، فايهم ضمنه ، ملكه . وجازت البياعات التي بعده و بطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز المكره احد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ، ويأخذ هو الثمن من المشتري الأول ، لأن البيع كان موجوداً والمانع من النفوذ حقه ، وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل (كذا في الكنز وشرحه للزيلعي مختصراً)

رجل اكره على شراء جارية بعشرة آلاف درهم وقيمتها الف درهم فاشتراها باكثر من عشرة آلاف درهم ، او اكره صاحب الجارية على بيعها بألف وقيمتها عشرة آلاف درهم ، فباعها بأقل من الف ، جاز استحساناً ، وهو قول علمائنا رحمهم الله تعالى

ولو اكره على بيع جارية بالف درهم فباعها بدنانير قيمتها الف درهم ، فسد البيع في قول علمائنا . ولو اكره على البيع بألف درهم فباعها بعرض او حيوان قيمته الف درهم او اكره على ان يقر بالف درهم فأقر بماية دينار قيمتها الف درهم ، نفذ البيع والاقرار في قولهم . ولو اكره على البيع بألف درهم فباعه بألفي درهم ، جاز بيع الكل (خانية) ولو اكره على البيع فوهب ، كان جائزاً . وكذا لو اكره على الاقرار بألف فوهبها له (هندية عن المحيط)

وفيها عن المبسوط : ولو اكره الرجل على ان يهب نصف داره غير مقسوم او لم يسم له مقسوماً ولا غيره واكره على التسليم فوهب الدار كلها وسلمها له ، فهو جايز ، لانه اتى بغير ما اكره عليه اه .

وفيها عن الخانية : ولو اكره على بيع نصف داره مقسوماً فباع الكل ، لا يجوز البيع عندنا استحساناً اه = اقول : ولينظر ما وجه عدم الجواز مع انه

اني بغير ما اكره عليه . لو اكره الرجل على ان يقر لفلان بألف درهم فأقر بخمسماية ، لا يصح استحساناً ولا يلزمه المال . ولو اقر بألفي درهم او بألف وخمسماية ، لزمته الزيادة على ما كان مكرهاً ولا يلزمه قدر ما كان مكرهاً فيه (خانية)

ولو اكره على هبة جاريته لعبدالله فوهبها لعبدالله وزيد ، جازت الهبة في حصة زيد وبطلت في حصة عبدالله ولو مكلنها الف فالهبة كلها باطلة في قولهم (هندية)

المادة ١٠٠٧ — ✻ كما ان الاكراه الملجئ يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية . واما الاكراه غير الملجئ فيعتبر في التصرفات القوليه فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية بناءً عليه لو قال احد لآخر اتلف مال فلان والا اقتلك او اقطع احد اعضائك واتلف ذلك يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المجبر . واما لو قال اتلف مال فلان والا اضربك او احبسك واتلف ذلك فلا يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط ✻

حيث كان يتحمل عادة ، اما ما لا يتحمل عادةً كالضرب على المذاكير او العين وكالضرب المبرح ، فان ذلك مما يخاف منه التلف ، فهو من الاكراه الملجئ . وقدر بعضهم الضرب المبرح بأدنى الحد وهو اربعون سوطاً . ورد بأنه لا وجه للتقدير بالرأي والناس مختلفة فمنهم من يموت بادنى منه . فلا طريق سوى الرجوع الى رأي المبتلى (رد المحتار)

قال الزيلعي : وهذا النوع من الاكراه يعني الاكراه القاصر وهو غير الملجئ لا يؤثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضي كالبيع والاجارة والاقرار .

الا ترى ان الهزل يؤثر فيه لعدم الرضى . والاول ، وهو الملجئ ، يؤثر في الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة له ، فيما يصلح ان يكون آلة له كاتلاف النفس والمال . وان لم يصلح آلة له ، اقتصر الفعل على المكره فيكون كأنه فعله باختياره . وذلك مثل الاقرار والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافاً الى غير المتكلم والآكل — الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف ، لصلاحيته آلة له فيه ، حتى اذا اكرهه على العتق يقع كأنه اوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف ، فيرجع عليه بقيمته ، وكذا لو اكرهه على الطلاق ، يقع ويرجع عليه ، ان كان فيه اتلاف بأن كان قبل الدخول . ولو اكرهت المرأة على قبول الطلاق على مال فقبلت ، يقع الطلاق ولا يلزمها المال ، لعدم الرضى ، لان الرضى في حق المال شرط دون الطلاق اه

وفي الهندية متى حصل الاكراه بوعيد تلف على فعل من الافعال نقل الفعل المكره فيما يصلح ان يكون المكره آلة ، للمكره ، فصار كأن المكره فعل ذلك كالاكراه على قتل انسان واتلاف ماله .

ومتى حصل الاتلاف بوعيد تلف على قول من الأقوال ، ان كان قولاً يستوي فيه الجد والهزل ويتعلق ثبوته بالقول ، كالطلاق والعتاق ، فحكمه ان يعتبر المكره ، آلة للمكره ، في حق الاتلاف لان المكره في الاتلاف يصح آلة للمكره . وفي حق التلفظ به الذي لا يعتبر آلة فيه يعتبر مقصوراً على المكره .

وان كان قولا لا يستوي فيه الجد والهزل كالبيع والاجارة والاقرار ، فحكم الاكراه فساد ذلك القول . وكذلك اذا كان قولا يستوي فيه الجد والهزل الا انه لا يتعلق ثبوته باللفظ فحكم الاكراه فساده حتى لا تصح ردة المكره ، فالردة يستوي فيها الجد والهزل ولا يتعلق ثبوتها باللفظ . حتى ان من قصد ان يكفر فقبل ان يقر به يكون كافراً .

وان حصل الاكراه بالحبس والتقييد على فعل من الافعال ، فلا حكم له فيجعل كأنه فعل ذلك الفعل بغير اكراه . ومتى حصل الاكراه بذلك على قول من الاقوال — ان كان قولا لا يستوي فيه الجد والهزل ، فحكمه فساد ذلك القول .

وان كان قولاً يستوي فيه الجد والهزل ، فلا حكم له ، فيجعل كأن المكره باشر ذلك القول باختياره اه ·

ويتفرع على ما ذكر مسائل كثيرة مذكورة في الخانية والهندية والبزازية ، فلتراجع ·

الباب الثالث

﴿ في بيان الشفعة و ينقسم الى اربعة فصول ﴾

الشفعة لغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ، ضد الوتر · يقال شفع الرجل شفعاً اذا كان فرداً فصار له ثان . والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه ، فلذلك سمي شفعة

ومعناها شرعاً تقدم موضحاً في المادة (٩٥٠) وشرحها

وحكمة مشروعيتها دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة على الدوام ، لا سيما اذا كان المشتري يضاده وقد قيل : اضيق السجون معاشرة الاضداد

ودليلها ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور وقال صلى الله عليه وسلم ﴿ جار الدار احق بالدار من غيره ﴾

وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها

وشرطها ان يكون المحل عقاراً سفلا كان او علواً احتمل القسمة اولا ، وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال

وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب

وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ ، حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب اه (ملخصاً من الزيلعي وتكملة الطوري)

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في بيان مراتب الشفعة ﴾

المادة ١٠٠٨ — ﴿ اسباب الشفعة ثلاثة . الاول ان يكون مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شايعاً . الثاني ان يكون خليطاً في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص . مثلاً اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص يكون اصحاب الرياض الأخر كلهم شفعاء ملاصقة كانت رياضهم او لم تكن . واما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع به العموم او احدى الديار التي لها في الطريق العام باب فليس لاصحاب الرياض الأخر التي تسقى من ذلك النهر او لاصحاب الديار الاخرى التي لها ابواب في الطريق العام حق الشفعة . الثالث ان يكون جاراً ملاصقاً ﴾

قوله « اسباب الشفعة » يعني اسباب وجوبها . واما سبب مشروعيتها ، فهو دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة كما تقدم آنفاً .

وفي حاشية الشلبي عن البدايع : والسبب فيها اصل الشركة لاقدرها ، واصل الجوار لاقدره ، حتى لو كان للدار شريك واحد او جار واحد اخذ كل الدار بالشفعة كثرت شركته او جواره او قلّت اه .

وتخصيص كون اشتراك الشخصين فى العقار ، يخرج به ما اذا كان شريكا

في الجذوع او الجدار ، فانه لا يكون شريكا لأن الشركة المعتبرة ، هي الشركة في العقار لا في المنقول ، لكنه جار ملاصق اذا اتصلت بقعة احدهما ببقعة الآخر ، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران . نعم لو كان المكان الذي عليه الجدار مشتركا بينهما ، كان هو اولى من غيره من الجيران . ويتأتى ذلك بأن يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسما الارض غير موضع الجدار ، فيبقى الجدار وموضعه على الشركة .

وانما كان اولى لانه شريك في بعض المبيع (افاده الشلبي في حاشيته على الزيلعي ، وسيأتي له زيادة ايضاح في شرح المادة (١٠١٢)

ثم ان الشركة في الحقوق هل تشمل الشركة في المسيل لأنه من الحقوق ؟ لم اره ، وانظر ما سيأتي في المادة (١٠١٦) عن الدر عن المنتقى معزياً للبرجندي

ثم الكلام على هذه المادة من ثلاثة وجوه : الاول في بيان تحقيق معنى الشرب الخاص . الثاني في بيان تحقيق معنى الطريق الخاص . الثالث في بيان تحقيق معنى الجار الملاصق .

اما الشرب الخاص ، فهو الشرب من نهر صغير لا تجري فيه السفن ، كما في التنوير والملتقى . قال في مجمع الأنهر : حتى اذا كانا ، يعني الطريق والشرب ، عامين ، لم يستحق بهما الشفعة . فالنهر العام عند الطرفين ، يعني ابا حنيفة ومحمداً ، ما تجري فيه السفن كدجلة والفرات . وذكر شيخ الاسلام : اختلفوا فيه ، فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الاراضي ولا يكون له منفذ . والعام ما يتفرق ويبقى له منفذ . وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون ، واختلفوا فيما لا يحصى من خمسماية او ماية او اربعين او عشرة . وعن ابي يوسف : الخاص ان يكون نهراً يسقى منه قراحان او ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام والاصح انه مفوض الى رأي كل مجتهد في زمانه ، وهو اشبه الاقاويل اه .

وظاهره ان القول بالتفويض لرأي المجتهد ، مقابل للاقوال السابقة ، بمعنى ان المجتهد في زمانه ان رأى النهر كبيراً ، فهو كذلك ، والا فصغير . مع ان المفهوم من كلام الزيلعي ورد المحتار وغيرهما ان المفوض لرأى المجتهد هو كون اهله

ممن يحصون او لا ، بمعنى ان المجتهد في زمانه ان رأى اهله كثيرين كانوا كثيرين ، وان رآهم قليلين كانوا قليلين ، فليتأمل - قال في الهندية معزباً للذخيرة : قال الشيخ الامام الزاهد عبد الواحد الشيباني : اراد بالسفن هاهنا الشهاريات التي هي اصغر السفن اه .

وقوله « قراحان او ثلاثة » يريد ارضين او ثلاثة . قال الشلبي : القراح الارض البارزة التي لم يختلط بها شيء . والماء القراح الذي لم يختلط به شيء اه .

وفي رد المحتار : الظاهر ان المراد بالمجتهد الحاكم ذو الرأي المصيب ، للعلم بانقطاع المجتهد المصطلح عليه اه .

اقول : تقدم في المادة (٩٥٥) ان الشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالاشخاص المعدودة وسيأتي في المادة ١٢٣٩ ان النهر العام هو الذي يتفرق ماؤه وينقسم بين الشركاء ، لكن لا يمحي جميعه في اراضيهم بل تبقى له بقية مباحة . والخاص هو الذي يتفرق وينقسم الى اراضي اشخاص معدودة ، وعند انتهائه الى آخر اراضيهم يمحي ، وان الشفعة انما تجري في هذا النوع دون الاول اه .

فقد اعتبرت جمعية المجلة في تفسير الشرب الخاص قيدين : احدهما ان يكون لاشخاص معدودة ، والثاني ان يمحي في اراضيهم ولا تبقى له بقية مباحة . وعليه فاذا فقد احد هذين القيدين لا يكون خاصاً ، بل عاماً . وهذا اختيار الكل من القول المذكور اولاً فيما ذكره شيخ الاسلام ، ولقول عامة المشايخ على ما تقدم نقله عن مجمع الانهر ، فوجب العمل بذلك لصدور الامر السلطاني به .

هذا وذكر في الهندية عن البدايع . ان النهر اذا كان صغيراً تسقى منه ارضون معدودة او كروم معدودة فبيعت ارض منها او كرم ، ان كان الشركاء كلهم شفعاء ، يستوي الملاصق وغير الملاصق . وان كان النهر كبيراً ، فالشفعة للجار الملاصق . ثم قال : ولو نزع من هذا النهر نهر آخر فيه ارضون او بساتين او كروم فبيعت ارض او بستان شرب به من هذا النهر النازع ، فأهل هذا النهر احق بالشفعة من النهر الكبير . ولو بيعت ارض على النهر الكبير ، كان اهله واهل النهر النازع في الشفعة سواء ، لاستوائهم في الشرب اه .

ونقل في رد المحتار عن النتف ما نصه : فلو باع حصته بشربها ، فالشفعة للخليط ، ثم لأهل الجدول ، ثم لأهل الساقية ، ثم لأهل النهر المظيم اه ·

وهذا مشكل ، لأن النهر الكبير او المظيم لا تثبت فيه الشفعة ، اصلاً حتى لو بيعت ارض او كرم شربها منه ، فالشفعة للجار الملاصق لا لأهل الشرب منه كما اتفقت عليه كلمتهم ، فوجب ان يكون المرادبالنهر الكبير في عبارة الهندية وبالنهر العظيم في عبارة النتف ، النهر الخاص المملوك · وتسميته كبيراً في الاولى بالنسبة الى النازع منه ، وعظيماً في الثانية بالنسبة الى الجدول والساقية ·

وبهذا ينحل ما استشكله العلامة بن عابدين في رد المحتار ، حيث قال بعد نقل عبارة النتف : اقول : اصل مياه دمشق من بردى ويتشعب منه انهار كقنوات وبانياس وتورا ويتشعب منها لشرب البيوت طوالع وكل طالع قد يتشعب منه طوالع ، وهكذا · ومقتضى ما في النتف ان يعتبر اخص الطوالع ثم ما فوقه ، وهكذا الى ان ينتهي الى النهر العظيم ، وهو بردى الذي يسقي دمشق وقراها · ومسافة ذلك اكثر من ثمان ساعات فلكية — وعليه فلو بيعت ارض شربها من اصل بردى ولا شركة فيها نفسها ، فلجميع اهل تلك المسافة حق اخذها بالشفعة · وفيه توسيع للدائرة جداً ، فلا جرم كان الاصح الاشبه تفويضه لرأي المجتهد في كل زمان اه · فإن نهر بردى نهر عام على جميع التفاسير المسرودة آنفاً ، حتى انه يمكن ان يجري فيه اصغر السفن ونبق له بقية تخرج الى بحيرة عظيمة مباحة ، وحينئذٍ فلا تجري الشفعة في عقار شربه منه اتفاقاً ، فتدبر ·

واما الطريق الخاص ، وهو الزقاق الذي لا ينفذ كما تقدم في المادة (٩٥٦) وقدمنا في شرحها عن رد المحتار انه لو كان فيه مسجد ، فنافذ حكماً اذا كان مسجد خطة لا محدثاً اه · وذكر في الهندية : درب غير نافذ في اقصاه مسجد خطة ، وباب المسجد في الدرب وظهر المسجد او جانبه الى الطريق الاعظم ، فهذا درب نافذ لو بيعت فيه دار لا شفعة الا للجار ·

واراد بمسجد الخطة ، الذي اختطه الامام حين قسم بين الغانمين · وهذا لأن المسجد اذا كان خطة وظهره الى الطريق الاعظم وليس حول المسجد دور تحول بينه وبين الطريق الاعظم ، فهذا الدرب بمنزلة درب نافذ · ولو كان حول المسجد

دور تحول بينه و بين الطريق الأعظم ، كان لأهل الدرب الشفعة بالشركة ، لان هذا الدرب لا يكون نافذاً

ولو لم يكن مسجد الخطة في الأقصى، لكنه كان في اول السكة ، فان كان من اول السكة الى موضع المسجد نافذاً ، لا تثبت فيه الشفعة الا للجار الملاصق، وما وراء ذلك يكون غير نافذ حتى كان لاهل تلك السكة كلهم الشفعة

ولو لم يكن المسجد خطة بأن اشترى اهل الدرب من رجل من اهله داراً في اقصى الدرب ظهرها الى الطريق الاعظم وجعلوها مسجداً وجعلوا في الدرب بابه ولم يجعلوا الى الطريق الاعظم باباً او جعلوا ثم باع رجل من اهل الدرب داره ، فلأهل الدرب الشفعة بالشركة (كذا في المحيط)

واما الجار الملاصق فهو من كان عقاره متصلا بالمبيع ولو حكماً ، كما اذا بيع بيت من دار فان الملاصق له ولاقصى الدار في الشفعة ، سواء ٠

وشمل ما اذا كان الجار متعدداً حتى ان الملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب ، فهما سواء (افاده في رد المحتار)

ونقل عن الجوهرة ما نصه : ثم الجار هو الملاصق الذي الى ظهر المشفوعة و بابه من سكة اخرى ، دون المحاذي وبينهما طريق نافذ ، فلا شفعة له وان قربت الابواب ، لان الطريق الفارقة تزيل الضرر اه ٠ وقيد الطريق بكونه نافذاً لانه لو كان محاذياً والطريق غير نافذ ، فهو خليط لا جار ، كما مر ويأتي (رد المحتار)

وحاصله أن العبرة للملاصقة من اي جانب كان لا لقرب الابواب

المادة ١٠٠٩ — ❋ حق الشفعة اولا للمشارك في نفس المبيع ثانياً للخليط في حق المبيع ثالثاً للجار الملاصق وما دام الاول طالباً ليس للآخرين حق الشفعة ٠ وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة ❋

وانما وجبت على الترتيب المذكور لانها وجبت لدفع الضرر الدائم ، فكل ما كان اكثر اتصالاً ، كان اخص بالضرر واشد تعباً معه فكان احق بها ، لقوة

الموجب لها . فليس للاضعف ان يأخذ مع وجود الاقوى – الا اذا ترك ، فحينئذ يأخذ اذا كان اشهد على الطلب عند علمه بالبيع . وان لم يشهد عند ذلك ، سقط حقه . وعن ابي يوسف انه لا يأخذ وان ترك ، لانه محجوب به (ز يلعي) .

وفي حاشيته للشلبي . وتفسير ذلك الترتيب : دارٌ بين قوم فيها منازل منها ما هو مشترك بين بعضهم ومنها ما هي مفردة لبعضهم ، وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها و باب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه او من اجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها ، فالشريك في المنزل احق بالشفعة من الشركاء في غيره . فان سلم فالشريك في الساحة احق من الباقين . فان سلم الشريك في الزقاق الذي لا منفذ له احق من الجار الملاصق ، وجميع اهل الزقاق شركاء في الشفعة من كان في ادناه واقصاه سواء . فان سلم ، فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق له الشفعة ، وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة اذا لم يكن له طريق في الزقاق وهذا باتفاق ائمتنا . اه بتصرف .

المادة ١٠١٠ – ﴿ اذا لم يكن مشارك في نفس المبيع او كان مشارك وترك شفعته يكون حق الشفعة للخليط في حق المبيع ان كان ثمّ خليط . وان لم يكن او كان واسقط حقه يكون الجار الملاصق شفيعاً على هذا الحال . مثلاً اذا باع احد ملكه العقاري المستقل او حصته الشايعة في العقار المشترك وترك المشارك حق شفعته يكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص او الطريق الخاص ان كان ثمّ خليط . وان لم يكن او كان واسقط حق شفعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق ﴾

قال في رد المحتار : واعلم ان كل موضع سلم الشريك الشفعة ، فانما تثبت للجار ان طلبها حين سمع البيع وان لم يكن له حق الاخذ في الحال . اما اذا لم يطلب حتى سلم الشريك ، فلا شفعة له (شرح المجمع ، ومثله في النهاية وغيرها) اه .

اقول : والتقييد بالجار اتفاقي ، ومثله الشريك في الحقوق بالنسبة للشريك في المبيع . فإن عبارة الزيلعي على ما قدمناه في شرح المادة (١٠٠٩) : ليس للاضعف ان يأخذ مع وجود الأقوى الا اذا ترك فحينئذ يأخذ اذا كان اشهد على الطلب عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه اه .

وفي الهندية ، اول الباب السادس من كتاب الشفعة معزياً للذخيرة : واذا كان بعض الشفعاء اقوى من البعض فقضى القاضي بالشفعة للقوي ، بطل حق الضعيف . حتى انه اذا اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء له ، كان للجار ان يأخذها بالشفعة . ولو قضى القاضي بالدار للشريك ثم سلم الشريك فلا شفعة للجار اه . وكذا لو تعدد الشفعاء وهم بمرتبة واحدة ثم اسقط بعضهم حقه ، فان كان الاسقاط قبل القضاء كان لمن بقي اخذ الكل ، لزوال المزاحمة . وان بعده ، فليس له اخذ نصيب التارك لانه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر (افاده في الدر متناً وشرحاً) .

واستشكله في رد المحتار بأنه قد تقرر ان الشفيع يثبت له الملك بمجرد الحكم قبل الاخذ ، وانه ليس له تركها بعد القضاء . فان حمل الاسقاط هنا على انه تمليك للبائع او المشتري ، فلِمَ لا يكون لمن بقي الأخذ بها ؟ — قال : ثم رأيت الطحطاوي نقل عن العلامة المكي ان عدم اخذ الباقين نصيب التارك ، لعدم صحة الترك ، لتقرر ملكه بالقضاء ، لا لانقطاع حقهم به مع صحة الترك منه اه وبه يزول الاشكال اه .

اقول : لا اشكال وان حمل الاسقاط على انه تمليك ، لأن المراد بقولهم « ليس لمن بقي اخذ نصيب التارك » اي اخذه بناءً على طلبه واشهاده الاولين ، بل يحتاج الى طلب واشهاد آخرين حين العلم بالبيع الثاني

والحاصل ان الاسقاط اذا كان مجرد ترك ، فهو غير صحيح ، لتقرر ملك

الشفيع بالقضاء ، وان كان مع تمليك اي بيع جديد للبايع او المشتري ، فلا بد من طلب واشهاد مجددين حين العلم ، كما لو باع من اجنبي ،

وفي الهندية عن الذخيرة : « قومٌ ورثوا داراً فيها منازل واقتسموها فاصاب كل واحد منزل فرفعوا فيما بينهم الطريق فباع بعض من صار له منزل منزله وسلم الذين لهم المنازل في الدار الشفعة ، كان للجار الشفعة اذا كان لزيق المنزل الذي بيع : وان كان لزيق الطريق الذي بينهم وليس بلزيق المنزل ، كان له ان يأخذ المنزل بطريقه بالشفعة . وان لم يكن لزيق المنزل ولا لزيق الطريق الذي بينهم وكان لزيق منزل آخر من الدار ، فلا شفعة . فهذه المسئلة دليلٌ على ان الشفعة كما تجب لجيران المبيع تجب لجيران حق المبيع ايضاً اه

وفيها عن المبسوط : واذا كانت الدار بين ثلاثة رجال الا موضع بئر او طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار ، فالشريك الذي له في جميع الدار نصيب ، احق من الآخر الذي له في بعض الدار نصيب ، فان شركته اعم . ومن يكون اقوى فهو مقدم في الاستحقاق اه وافاد الزيلعي انه لو كان بعض الجيران شريكا في منزل من الدار او بيت منها فبيعت الدار كان هو احق في جميع الدار ، لانه شريك في بعض المبيع فيقدم على الجيران

هذا في قول ابي حنيفة ومحمد . ورواية عن ابي يوسف . وفي رواية اخرى عنه : هو والجار سواء في غير المنزل او البيت ، لان استحقاقه الشفعة في غير المنزل او البيت بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه ، بخلاف ما لو كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار اولى بشفعة الدار ، لانه شريك فيها والآخر جار ، والشريك في البئر اولى بالبئر لانه شريك فيها ، والآخر جار . وهذا بالاتفاق ليس لابي يوسف في الرواية الثانية فيها خلاف ، لان كلا منهما شريك في بعض المبيع ، فليحفظ

المادة ١٠١١ = ❋ اذا كانت الطبقة العليا من البناء ملك احد والسفلى ملك آخر يعد احدهما للآخر جاراً ملاصقاً ❋

الا اذا كان طريق العلو في السفل او كان طريقهما واحداً فان احدهما يُعدّ شريكا للآخر في الحقوق ، كما في الزيلعي ورد المحتار عن الذخيرة .

وفي حاشية الشلبي : ولو ان رجلاً له علو في دار وطريقه في دار اخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوه ، فاصحاب الذي فيه الطريق اولى بالشفعة ، وذلك انهم شركاء في الطريق ، وصاحب الدار التي فيها العلو جار ، والشريك في الطريق اولى من الجار . ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق ، اخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لان كل واحد منهما جار للعلو . والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة (كذا ذكر القدوري)

وفي رد المحتار : وان كانت ثلاثة ابيات بعضها فوق بعض ، و باب كل الى السكة فبيع الاوسط ، تثبت للأعلى والاسفل . وان بيع الاسفل او الاعلى ، فالاوسط اولى .

وذكر الزيلعي : لو كان سفل بين رجلين عليه علوٌ لاحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو ، كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل ، لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الآخر ، او شريك في الحق اذا كان طريقهما واحداً اه .

وفي الهندية: لو كان السفل لرجل والعلو لآخر فبيعت دار بجنبهما ، فالشفعة لهما اه

وفي رد المحتار عن الذخيرة : وان لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو ، فعلى قول ابي يوسف بطلت ، لان الجوار بالاتصال ، وقد زال — كما لو باع التي يشفع بها قبل الاخذ . وعلى قول محمد تجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار ، وحق القرار باق اه وذكر المسئلة في الهندية .

وفيها : قول ابي حنيفة كقول ابي يوسف .

ثم ذكر عازياً للذخيرة : ولو بيع السفل والعلو منهدم ، فعلى قياس قول ابي يوسف لا شفعة لصاحب العلو ، بناء على ان عنده حق الشفعة بسبب البناء ، وقد زال . وعند محمد له حق الشفعة ، لان عنده حق الشفعة بسبب قرار البناء ، وحق قرار العلو باق اه .

وفي الهندية ايضاً عن الكافي : وان كان السفل لرجل وعلوه لآخر فبيعت

دار بجنبها ، فالشفعة لهما . فان انهدمت الدار يعني الذي فيها السفل والعلو قبل أخذ الشفعة ، فالشفعة لصاحب السفل عند ابي يوسف ، لقيام ما يستحق به الشفعة وهو الارض ، ولا شفعة لصاحب العلو لزوال ما كان يستحق به الشفعة . وقال محمد : الشفعة لهما لان حقه قايم ايضاً ، فانه يبني العلو اذا بنى صاحب السفل سفله ، وله ان يبني السفل بنفسه ثم يبني عليه العلو ، ويمنع صاحب السفل عن الانتفاع حتى يعطيه حقه اه .

﴿ تنبيه ﴾

الفرق بين العلو حيث تجب به الشفعة وبين البناء والغراس حيث لا تجب فيهما كما يأتي في المادة (١٠١٩) مع ان كلاً منهما حيث بيع بدون الارض ليس بعقار ، هو ان العلو بماله من حق القرار على الدوام قد التحق بالعقار . ولا يرد البناء والغراس في الارض المحتكرة ، لانه وان كان له حق القرار لكن لا على الدوام ، بدليل ان صاحب البناء اذا امتنع عن دفع اجرة مثل الارض المحتكرة يؤمر برفع بنائه او غرسه وتسليم الارض فارغة لجهة الوقف او لبيت المال ان كانت الارض من اراضي بيت المال . هذا ما حققه العلامة ابن عابدين في رد المحتار تبعاً للخير الرملي رداً على ما جزم به ابن الكمال . وتبعه العلامة ابو السعود في حاشيته على شرح مسكين . وقد استند الرملي ومن تبعه الى النقل الصريح عن البزازية وغيرها ، وليس بعد النقل الا الرجوع اليه

المادة ١٠١٢ - ﴿ المشارك في حايط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار واما اذا لم يكن مشاركاً في الحايط ولكن كانت اخشاب سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكا وخليطاً بمجرد وضع رؤس اخشاب سقفه على حايط جاره ﴾

وكذا الحكم لو كان شريكا في تلك الاخشاب لانها من المنقولات والشركة

في المنقول لا توجب الشفعة . ثم ان المراد بكونه شريكا في الحائط ، ان يكون شريكا فيه وفي المحل القائم فيه الحائط ، والا فلا يعد خليطاً كما في الشريك في الاخشاب كما علمت .

ثم ان الشريك في الحائط على الوجه المذكور انما يقدم على الجار . واما اذا كان لصاحب الدار شريك آخر في نفس الدار مع الحائط ، فهو مقدم على هذا الشريك في الحائط ، لان شركته اعم . ومن يكون اقوى فهو مقدم في الاستحقاق ، كما قدمناه في شرح المادة (١٠١٠) عن الهندية معزياً للمبسوط . اما اذا كان شريكه الآخر في الدار ليس له شركة في الحائط ، فهو احق بشفعة الدار ، وشريكه في الحائط ، احق بشفعة الحائط ، لان كلا منهما شريك في بعض المبيع وجار في حق الآخر ، كما قدمنا هناك عن الزيلعي .

المادة ١٠١٣ = ❊ اذا تعددت الشفعاء يعتبر عدد الرؤس ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص . مثلاً لو كان نصف الدار لاحد وثلثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر وطالب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة وليس لصاحب الثلث ان يأخذ بموجب حصته حصة زايدة على الآخر ❊

لاستوائهما في استحقاق الكل لوجود علته ، فيجب الاستواء في الحكم . وشمل ما لو كان المشتري احد الشفعاء وطلب معهم ، فيحسب واحداً منهم ويقسم المبيع بينهم (رد المحتار معزياً للوهبانية وشروحها) .

المادة ١٠١٤ = ❊ اذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الاخص على الاعم . مثلا لو بيعت احدى الرياض التي لها حق الشرب في الخرق ،

الذي احدث من النهر الصغير مع شربها بقدم و يرجع الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق . واما لو بعيت احدى الرياض التي لها حق الشرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق الشرب في النهر ومن له حق الشرب في خرقه كما انه اذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك متشعب من زقاق آخر غير سالك لا يكون شفيعاً الا من باب داره في المتشعب . واذا بيعت دار بابها في الزقاق المتشعب منه تعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المتشعب والمتشعب منه ❊

هذا اذا كان الزقاق المتشعب مستطيلاً او مربعاً . اما لو كان مستديراً ، فإن كان مثل نصف دائرة او اقل ، فالشفعة لأهل الزقاقين جميعاً اتفاقاً ، لأن لكل احد منهم حق المرور فيه ، لأنه حينئذ يكون كساحة مشتركة بين الجميع ، غاية الامر ان فيها اعوجاجاً . وان كان مثل اكثر من نصف دائرة ، فهو كالمستطيل على ما قاله صدر الشريعة ومنلا مسكين .

والفرق انه اذا كان داخله اوسع من مدخلها يعتبر موضعاً آخر غير تابع للاول . لكن رده ابن الكمال وجعل المستدير مطلقاً كالساحة المشتركة . هذا ما افاده في رد المحتار من شتى القضاء و كتاب الشفعة .

وعبارة الهداية : فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى ، فلأهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا .

وان بيعت في العليا ، فلأهل السكتين . والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي .

ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه ، فهو على قياس الطريق فيما بيناه . ولم يفرق في فتح القدير في المتشعبة اذا كانت مستديرة ، بين ان تكون مثل نصف دائرة او اكبر .

❋ فرع ❋

دار بيعت ولها بابان في سكتين ، فإن كانت هذه الدار منذ القديم دار بن بابب احداهما في سكة غير نافذة وباب الاخرى في السكة الاخرى مثلها فاشتراها رجل ورفع الحايط من بين الدارين حتى صارتا داراً واحدة ، فلأهل كل سكة ان يأخذوا الجانب الذي كان بابه في تلك السكة . وان كانت هذه الدار المبيعة في الأصل واحدة ولها بابان ، كانت الشفعة لاهل السكتين في جميع الدار بالسوية . وانما يعتبر في هذا القديم دون الحادث اه (خانية)

ارض بين قوم اقتسموها بينهم ورفعوا طريقاً بينهم وجعلوها نافذة ثم بنوا دوراً يمنة ويسرة وجعلوا ابواب الدور شارعة الى السكة فباع بعضهم داراً ، فالشفعة بينهم سواء . وان قالوا جعلناها طريقاً للمسلمين ، فكذلك الجواب ايضاً . قال الصدر الشهيد : هو المختار (هندية عن المحيط) .

وفيها : ولو ان رجلاً اشترى داراً في سكة غير نافذة ، ثم اشترى داراً اخرى في تلك السكة ، كان لأهل السكة ان يأخذوا الاولى بالشفعة ، لان المشتري لم يكن شفيعاً وقت الشراء الاول ، ثم صار هو شفيعاً مع اهل السكة في في الدار الثانية اه (وتمام هذه المسائل فيها) .

رجل له نصيب في نهر فهو احق بالشفعة ممن يجري النهر في ارضه (خانية) .

المادة ١٠١٥ = ❋اذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبع حق شربها فليس للخلطاء في حق شربه شفعة . وليقس الطريق الخاص على هذا❋

ذكر هذه المسئلة في رد المحتار وعزاها للقهستاني ، وعبارته : فلو بيع عقار بلا شرب ولا طريق وقت البيع ، فلا شفعة فيه من جهة حقوقه اه — لكن في الهندية ، قبيل الباب الثالث في طلب الشفعة ، ما نصه : في نوادر بن سماعة

عن محمد رحمه الله تعالى : دار في سكة خاصة باعها صاحبها من رجل بلا طريق ، فلأهل السكة الشفعة . وكذلك لو باع ارضاً بلا شرب ، فلأهل الشرب الشفعة . ولو بيعت هذه الدار وهذه الارض مرة اخرى ، فليس لهم فيها الشفعة هكذا في الظهيرية اه . فلعل في المسئلة اختلاف الرواية ، فتأمل وراجع .

ويمكن ان يقال ان قول القهستاني ، « بلا شرب الخ » صفة لعقار ، فالمراد منه انه لو بيع عقار ليس له طريق ولا شرب وقت البيع ، فلا شفعة فيه من جهة الحقوق ، وهو ظاهر اذ ليس له حقوق يشاركه فيها احد . يرشد الى ما ذكرنا قوله « وقت البيع » فإنه لغو لو علق قوله « بلا شرب » بقوله « بيع » تدبر

وهذا بخلاف ما في نوادر بن سماعة ، فإن المراد منه ان العقار الذي له طريق في سكة خاصة او شرب من نهر خاص ، لو بيع بلا طريق ولا شرب ، تجب فيه الشفعة لشركائه في ذلك . ولعل وجهه انه لما كان البائع شريكاً لأهل السكة او النهر في الحقوق وقت البيع ، وجبت الشفعة لشركائه في ذلك ، لورود البيع على عقار حقوقه مشتركة وان بيع العقار بدونها . يرشد الى ما ذكرنا قوله « ولو بيعت هذه الدار او هذه الارض مرة اخرى فليس لهم فيها الشفعة » اي لكون البيع لا شركة له في الحقوق ، فقد ورد البيع على عقار ليس له طريق او شرب . هذا ما ظهر لي ، فتدبره فإنه دقيق .

المادة ١٠١٦ = ﴿ حق الشرب مقدم على حق الطريق بناء عليه لو بيعت روضة خليطها احد في حق الشرب الخاص والآخر في طريقها الخاص يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق ﴾

قال في رد المحتار : ولو شاركه احد في الشرب وآخر في الطريق ، فصاحب الشرب اولى . قال في الدر المنتقى : ونقل البرجندي ان الطريق اقوى من المسيل ، فراجعه اه .

وفي تكملة الطوري : ولم يتعرض المؤلف ، يعني صاحب الكنز ، لما اذا كان شريكاً في الطريق والآخر في المسيل ، من يقدم ؟

وفي التتارخانية : وصاحب الطريق اولى بالشفعة من صاحب المسيل اذا لم يكن موضع مسيل الماء ملكاً له اه ما في التكملة .

قلت : وفي الهندية عن المحيط ، بعد ان ذكر مثل ما في التتارخانية : وصورة هذا اذا بيعت دار لرجل ولرجل فيها طريق وللآخر فيها مسيل ماء ، فصاحب الطريق اولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء اه . ثم نقل بعد نحو ورقتين عن التتارخانية ما نصه : لرجل مسيل ماء في دار بيعت ، كانت له الشفعة بالجوار وليس المسيل كالشرب تأمل اه ، فإن هذه العبارات مضطربة كما ترى . والذي يقتضيه قول التتارخانية « وليس المسيل كالشرب » ان الشريك في المسيل لا يعد شريكاً في الحقوق ، نعم اذا كان موضع المسيل ملكاً لصاحب المسيل ، كانت له شفعة الجوار لا شفعة الخليط في الحقوق ، وليحرر .

وفي الخانية : رجل له نصيب في نهر ، فهو احق بالشفعة ممن يجري النهر في ارضه اه .

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان شرايط الشفعة)

المادة ١٠١٧ = ﴿ يشترط ان يكون المشفوع عقاراً مملوكاً بناء عليه لا تجري الشفعة في السفينة وساير المنقولات وعقار الوقف والأراضي الميرية ﴾

يعني الاراضي السلطانية ، وتسمى اراضي الحوز لانها ليست بمملوكة فلا يصح بيعها . قال في رد المحتار : وذكر في الخيرية ان كون الاراضي عشرية

او خراجية لا ينافي الملك ، ففي كثير من الكتب : ارض الخراج او العشر مملوكة يجوز بيعها وايقافهـا وتورث فتثبت فيها الشفعة - بخلاف السلطانية التي تدفع مزارعة ، لا تباع فلا شفعة فيها . فلو ادعى واضع اليد ان الارض ملكه وانه يؤدي خراجها ، فالقول له وعلى من نازعه في الملكية البرهان ، ان صحت دعواه عليه . وانما ذكرته لكثرة وقوعه في بلادنا اه .

وقوله «ان صحت دعواه عليه» مراده ان لم يمض عليها زمن يمنع من سماع الدعوى . والمراد بالعقار ما ليس منقولا سواء كان قابلا للقسمة او لا . فتثبت الشفعة في بيت الرحى والبئر والحمام والبيت الصغير - خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى ، لان وجوب الشفعة عنده لدفع مؤنة القسمة ، فلا يستحق الا فيما يقسم . ولهذا لا تثبت الشفعة عنده في الجوار (مجمع الانهر) = قال: وفي عدم ثبوت الشفعة في السفينة خلاف مالك .

ودخل في المنقولات البناء والاشجار اذا بيعا قصداً وسيأتي في المادة (١٠٢٠) حكم ما اذا بيع المنقول تبعاً للعقار .

المادة ١٠١٨ - ﴿ يشترط ان يكون المشفوع به ملكاً ايضاً بناء عليه لو بيع عقار مملوك لا يكون متولي عقار الوقف الذي في اتصاله او المتصرف به شفيعاً ﴾

حاصل ما ذكر في الدر وحاشيته انه لو بيع عقار مملوك وفي جواره عقار موقوف او كان بعض ذلك العقار وقفاً وبعضه ملكاً فبيعت الحصة المملوكة ، فلا شفعة في ذلك لا لقيم الوقف ولا للموقوف عليه ، اذ ليس لهذا العقار المشفوع به مالك . ولا فرق في هذا بين ان يكون محكوماً بصحة وقفه ام لا . واما اذا بيع عقار موقوف وفي جواره عقار مملوك او كان بعض العقار وقفاً وبعضه ملكاً ، فان كان الوقف محكوماً بصحته ، فكذلك الحكم لبطلان بيعه . والا يكن محكوماً بصحته ، تثبت فيه الشفعة للجار الذي عقاره مملوك . وكذا للجار الذي حصته

مملوكة ، لصحة البيع و بطلان الوقف به ٠

المادة ١٠١٩ = ❊ الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض الوقف او الاراضي الأميرية هي في حكم المنقول لا تجري الشفعة فيها ❊

اما اذا كان الغرس او البناء بلا اذن المتكلم على الارض ، فظاهر ، اذ ليس لهما حينئذ حق البقاء والقرار اصلا ٠ واما اذا كان بالاذن كالبناء والغرس في الاراضي المحتكرة ، فلأنه وان كان لهما حق البقاء والقرار ، لكن ليس ذلك على الدوام ، بدليل ان صاحب البناء او الغراس لو امتنع عن دفع اجرة المثل يؤمر بالقلع ٠ وهذا بخلاف العلو كما قدمناه في شرح المادة (١٠١١) معزياً لرد المحتار

وفي رد المحتار ايضاً : وسئلت عما اذا بيعت دار فيها قطعة محتكرة فهل للجار الشفعة ، فاجبته بأني لم ارها صريحاً ٠ ولكن الظاهر ان له اخذ الدار سوى تلك القطعة وما عليها من البناء ، بشرط ان لا يكون جواره للدار المبيعة بملاصقته لتلك القطعة ، اخذاً من قولهم : باع ارضين صفقة ورجل شفيع لواحدة ، له اخذها فقط ٠

ومما سيأتي في الحيل : لو باع عقاراً الا ذراعاً في جانب الشفيع ، فلا شفعة لعدم الانصال ، تأمل اه

المادة ١٠٢٠ = ❊ لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الاشجار والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للأرض ٠ واما اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فلا تجري فيها الشفعة ❊

واذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه ٠ وكذلك اذا اشتراه مطلقاً ٠ اما اذا اشتراها باصولها ومواضعها من الارض ، ففيها الشفعة ٠ وكذلك لو اشترى

زرعاً او رطبة ليجذها ، لم يكن في ذلك شفعة . وان اشتراها مع الارض وجبت الشفعة في الكل استحساناً ، وفي القياس لا شفعة في الزرع . واذا اشترى ارضاً فيها شجر صغار فكبرت فاثمرت او كان فيها زرع فادرك ، فللشفيع ان يأخذ جميع ذلك بالثمن . كذا في المبسوط . واذا اشترى نخلاً ليقطعها ثم اشترى بعد ذلك الارض وترك النخل فيها ، فلا شفعة للشفيع في النخل . وكذلك لو اشترى الثمرة ليجذها او البناء ليهدمه ثم اشترى الارض ، لم تكن للشفيع الشفعة الا في الارض خاصة (كذا في المبسوط)

ولو اشترى بيتاً ورحى ماء فيه ونهرها ومتاعها ، فللشفيع الشفعة في البيت وفي جميع ما كان من آلات الرحى المركبة في بيت الرحى ، لانها تابعة لبيت الرحى . وعلى هذا اذا اشترى الحمام مع آلاتها المركبة من القدر وغيرها ، ولا يأخذ ما كان مزايلا للبيت في المسئلة الاولى وللحمام في المسئلة الثانية الا الحجر الأعلى من الرحى ، فانه يأخذه بالشفعة استحساناً وان لم يكن مركباً . كذا في الظهيرية اه (الكل من الهندية)

وقوله « الا الحجر الاعلى من الرحى الخ » يوافقه ما في حاشية (ط) عن البدائع : لو باع العقار مع العبيد والدواب ، تثبت في الكل اهـ كذا نقل في رد المحتار عن شرح المجمع انها تثبت في آلة الحراثة تبعاً للأرض اه .

لكن يخالفه ما في تكملة الطوري عن المحيط : ويدخل في الرحى الحجر الاسفل دون الاعلى لانه مبني في الارض اه ولعل ما في التكملة مبني على القياس .

هذا ومن مسايل المتون ان الشفيع يأخذ الارض مع ثمرها ان كان المشتري اشترى الارض والنخل مع ثمرها بأن شرطه في البيع او اثمر عند المشتري بعد الشراء ، لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط ، والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية ، كالمتاع الموضوع فيها . ووجه الاستحسان انه بالاتصال خلقة صار تبعاً من وجه ، ولانه متولد من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في الأصل (زيلعي)

وذكر الشلبي في حاشيته عن شرح القدوري ان وجوب الشفعة في البناء المتصل تبعاً للأرض ، لانه في حكم الجزء من العرصة بدلالة دخوله في العقد

من غير تسمية . واما اذا هدمه ، فلا شفعه فيه عندنا . ومن اصحاب الشافعي من قال : ياخذه مع الدار . وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة ، فلم يكن للشفيع اخذه اه ملخصاً ، فتأمل .

المادة ١٠٢١ — ﴿ الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع ﴾

او ما كان بمعناه كالهبة بشرط العوض ، كما سيأتي التصريح به في المادة الآتية

وكذا لو ادعى حقاً على انسان فصالحه على دار ، فللشفيع اخذها سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت ، لزعم المدعي انها عوض حقه ، فيؤاخذ بزعمه . ولو ادعى عليه داراً فصالحه على دراهم ، فإن عن اقرار ، تجب ، لزعمه ملكها بعوض — لا ان كان عن انكار ، لزعمه انها لم تزل عن ملكه ، او سكوت ، لزعمه ان المعطي لافتداء يمينه (رد المحتار عن درر البحار)

وفي الهندية ، اول كتاب الشفعة ، ما نصه : ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي في اقامة الحجة . فان اقام البينة ان الدار كانت للمدعي او حلف المدعي عليه فنكل ، فله الشفعة اه ولو صالحه عن جناية خطأ ، تجب الشفعة ، لا ان صالحه عن دم عمد ، لأن في الاول فيه مبادلة بالمال فكان بمعنى البيع ، بخلاف الثاني . فلو عن جنايتين عمد وخطأ ، لا شفعة عنده . وعندهما تجب فيما يخص الخطأ (افاده الطوري)

وفي رد المحتار عن الذخيرة : اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ان المشتري رد الدار على البائع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية او الشرط او بالعيب قبل القبض بقضاء او بغير قضاء وبعد القبض بقضاء ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة . فإن كان الرد بسبب هو بيع جديد في حق ثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع الشفعة اه

قال في الدر : لان الرد بعيب بلا قضاء يعني بعد القبض ، وكذا الاقالة ، بمنزلة بيع مبتدأ اه .

قال في حاشية رد المحتار : وكون الاقالة بمنزلة بيع مبتدأ ، اذا كانت بلفظ الاقالة . فلو بلفظ مفاسخة او متاركة او تراد ، لم تجعل بيعاً اتفاقاً ، كما مر في بابها (سائحاني)

المادة ١٠٢٢ — ﴿ الهبة بشرط العوض في حكم البيع . بناء عليه لو وهب وسلم احد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيعاً ﴾

افاد ان الهبة لا تكون في حكم البيع ما لم يكن العوض مشروطاً في العقد . وصورته ان يقول وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا . اما لو كانت الهبة بدون شرط العوض ثم عوضه بعدها ، فلا شفعة ، كما في رد المحتار عن الخانية .

وقال معزياً للاتقاني : واجمعوا انه لو قال وهبت لك هذا بكذا ، انه بيع اه

ثم ان الهبة بشرط العوض ، انما تكون في حكم البيع وتثبت فيها الشفعة ، اذا لم يكن فيها شيوع ، والا فلا شفعة فيها ، سواء كان الشيوع في الموهوب او في بدله المشروط بأن كان البدل عقاراً . وهذا في هبة ما تمكن قسمته ، لان هبة المشاع فيما يقسم لا يجوز . واما في هبة ما لا يقسم كحمام و بيت صغير ونحوها ، فتثبت لصحة الهبة حينئذ (افاده في الدر وحواشيه) اقول : الظاهر انه لو قال وهبت لك نصف هذه الدار بكذا ، تثبت الشفعة ، لما علمت من ان هذا بيع اي حقيقة . و بيع الحصة الشايعة صحيح ، بخلاف هبتها

والتقييد بكون الشفيع هو الجار الملاصق ليس احترازياً ، بل مثله الخليط في الحقوق بأن وهب داره على ان يعوضه كذا وللدار شريك في حقوقها . و كذا الشريك في نفس المبيع اذا كان الموهوب حصة شايعة من عقار لا يقبل القسمة . اما من عقار تمكن قسمته ، فلا تثبت له فيه الشفعة ، لعدم صحة الهبة حينئذ ، كما علمت آنفاً . وسيأتي في شرح المادة (١٠٢٩) ان حق طلب الشفعة في الهبة المشروط فيها العوض انما يثبت وقت التقابض من الجانبين ، فانتظر

وفي الدر عن المبسوط : الهبة بشرط العوض انما تثبت الملك الموهوب له اذا قبض الكل . فلو وهب داراً على عوض الف درهم فقبض احد العوضين ثم سلم الشفيع الشفعة ، فهو باطل . حتى اذا قبض العوض الآخر كان له ان يأخذ الدار بالشفعة اه اي لأنه وقت انعقاد المعاوضة (رد المحتار)

المادة ١٠٢٣ = ﴿ لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك احد عقاراً بهبة بلا شرط العوض او بميراث او وصية ﴾

لأن الوارث يملك على حكم ملك الميّت ، ولهذا يرد على بايعه بالعيب ، فكأن ملكه لم يزل . ولان ما ملك بهبة لا بعوض او بصدقة او وصية ، ليس معاوضة مال بمال ، فصارت كالأرث (كذا في رد المحتار)

﴿ فايدة ﴾

رجلٌ اوصي له بدار ولم يعلم حتى بيعت دار بجنبها ثم قبل الوصية ، فلا شفعة له . ولو مات قبل ان يعلم بالوصية ثم بيعت الدار بجنبها فادعى الورثة شفعتها ، فلهم ذلك ، لان موته صار بمنزلة قبوله . ولو اوصى بغلّة داره لرجل و برقبتها لآخر فبيعت الدار بجنبها ، فشفعتها لصاحب الرقبة (هندية)

المادة ١٠٢٤ = ﴿ يشترط ان لا يكون للشفيع رضى في عقد البيع الواقع صراحة او دلالة . مثلاً اذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب سقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك . و كذا اذا اراد ان يشتري او يستأجر العقار المشفوع من المشتري بعد سماعه بعقد البيع يسقط حق شفعته . و كذلك اذا كان وكيلاً للبايع فليس له حق

الشفعة في العقار الذي باعه ❋

و بالاولى لو كان اصيلاً في البيع كأن باع عقاراً له مجاوراً لعقار آخر له وللعقار المبيع جار طلب الشفعة ، فأنه لا يشاركه البايع فيها . و كذا لو وكل هو ببيع عقاره وكان له عقار آخر بجنبه . و كذا لو ضمن الدرك ، يعني الثمن ، عند الاستحقاق ، فلا شفعة لضامنه في عقار البايع ، لأنه كالبايع ، لأن ضمانه للدرك تقرير للبيع . و كذا لو كفل البايع بالثمر

والأصل ان الشفعة تبطل باظهار الرغبة عنها ، لا بها . ولأن اخذه بالشفعة يكون سبباً في نقض ما تم من جهته ، وهو الملك ، واليد للمشتري ، فهو مردود عليه .

وهذا بخلاف من شرى اصالة او وكالة او اشترى له بالوكالة ، فان له الشفعة ، لأنه محقق لما تم من جهته .

وبيان ذلك : باع احد شريكين في دار حصته منها للآخر فاشترى لنفسه او لغيره بالوكالة او باع احدهما حصته لوكيل الشريك الآخر فجاء ثالث وطلب الشفعة ، فإن كان شريكاً ، قسمت بينه و بين المشتري في الأول ، او بينه و بين الموكل في الثاني . وان كان جاراً ، فلا شفعة له مع وجود المشتري او موكله ، لانه شريك ما لم يسلم .

اشترى الجار داراً وله جار آخر فطلب الشفعة ، وكذا المشتري ، فهي بينهما نصفين ، لانهما شفيعان وعلى هذا لو جاء ثالث ، قسمت اثلاثا ، او رابع ، فأرباعاً (الكل من الدر وحواشيه)

وفي الهندية : وكذلك ، اي كالوكيل المضارب ، اذا باع داراً من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار اخرى له ، لا شفعة لرب الدار سواء كان في الدار المبيعة ربح او لم يكن فيها ربح اه .

وانما يكون الرضي والتسليم مبطلاً للشفعة اذا وقع بعد البيع ، كما يشعر به قوله هنا « في عقد البيع الواقع » اما التسليم قبله ، فلا يبطلها ، كما في مجمع الانهر .

وافاد ايضاً انه لا فرق في سقوط الشفعة بين ان يسلم كل المشتراة او بعضها . اما اذا سلم الكل ، فلانه صريح في الاسقاط . واما في البعض ، فلان حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتاً ، لانـه يملكه كما يملكه المشتري ، والمشتري لا يملك البعض لأنه تفريق الصفقة ، فلا يتجزأ اسقاطاً ، فيكون ترك بعضه كترك كله اه .

وافاد ايضاً انه لا فرق بين ان يكون الرضي والتسليم من نفس الشفيع او من وكيله بطلب الشفعة . لكن انما يصح التسليم عند الامام اذا كان في مجلس القاضي . وعندابي يوسف يصح مطلقاً . وعندمحمد وزفر لا يصح تسليمه اصلاً . ولو اقر هذا الوكيل على موكله بأنه سلم الشفعة ، جاز اقراره عليه عندهما اذا كان في مجلس القاضي . وان كان في غيره ، لا يجوز ، الاَّ انه يخرج من الخصومة . وقال ابو يوسف يخرج مطلقاً اه

والاب والوصي مثل الوكيل ، فتسقط بتسليمهما شفعة الصغير ، خلافاً لمحمد ، فيما بيع بقيمته او اقل . فلو باكثر مما لا يتغابن الناس فيه ، جاز التسليم اتفاقاً ، لانه لا يملك الاخذ حينئذٍ فلا يملك التسليم . وعليه فلو سلم فيما بيع باكثر ثم بلغ الصبي ، له الطلب . وسكوت من يملك التسليم تسليم ، (كذا في الدر وحواشيه)

وذكرسقوط الشفعة برضى الشفيع صريحاً او دلالة مع انهما تسقط بمجرد ترك طلبي المواثبة والاشهاد ، كما سيأتي ، لافادة ان الشفعة تسقط بالرضى . وان حصل بعد طلبي المواثبة والاشهاد ، فلا يرد انذكر الرضى او التسليم مستدرك ، للاستغناء عنه بذكر السقوط بترك الطلبين المذكورين ، لدخوله بالاولى . هـذا ما ظهر لي .

وبقي مما يسقط به الشفعة امور مذكورة في المتون والشروح . ففي الدر وحواشيه ما ملخصه : انه يبطلها صلحه منها على عوض ، لانها ليست بحق متقرر في المحل ، بل مجرد حق التملك ، فلا يصح الاعتياض عنه ، وعليه رده لانه رشوة . ويبطلها بيع شفعته بمال ولا يلزم المال . وهذا هو الاصح .

وما في الذخيرة ، من انه اذا وهبها او باعها لانسان لا يكون تسليماً لان البيع لم يصادف محله ، مبنى على مقابل الاصح . ولو صالح على اخذ نصف الدار

ببعض الثمن ، صح ولو صالح على اخذ بيت بحصته من الثمن ، لا ، لجهالة الثمن عند الاخذ . ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة ، بخلاف ما اذا كان العوض غير المشفوع

فالحاصل ان صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة اوجه: في وجه يصح ، وهو ما اذا كان العوض بعض المشفوع ، كأن يصالح على اخذ نصف الدار بنصف الثمن . وفي وجه لا يصح ولا تبطل الشفعة ، كأن يصالح على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن . وفي وجه تبطل ولا يجب المال ، كأن يصالح على ترك شفعة . ويبطلها موت الشفيع قبل الاخذ ، بعد الطلب او قبله ، لانها مجرد حق التملك ، وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق ، فكيف يورث — بخلاف موت المشتري ، فإنه لا يبطلها ، وكذا موت البائع ، لبقاء المستحق

ولا تباع في دين المشتري ووصيته . ولو باعها القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية ، فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار ، لتقدم حقه . ولهذا ينقض تصرفه في حياته ويبطلها بيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة بيعاً باتاً مطلقاً ، علم ببيع المشفوعة وقت بيعه ما يشفع به او لا .

وهذا اذا باع كل ما يشفع به . اما اذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة الا شقصاً منها ، فلا تبطل شفعته ، لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداء ، فيكفي لبقائها . وكذا تبطل لو جعل ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة مسجداً او مقبرة او وقفاً مسجلاً ، لانها بمنزلة الزائل عن ملكه

وينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول ، ان تسقط به وان لم يسجل

والتقييد بكون بيع ما يشفع به باتاً ، لانه لو باعه بشرط الخيار لنفسه ، لا تبطل ، لبقاء السبب ، وهو اتصال ملكه بالمشفوعة ، لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه . ويبطلها شراء الشفيع من المشتري ، لانه بالاقدام على الشراء من المشتري اعرض عن الطلب ، وبه تبطل الشفعة . فلمن دونه بان يكون شريكاً وللمبيع جار او مثله بان يكون كل منهما شريكاً او جاراً ، الاخذ بالعقد الاول او الثاني . فلو كان الشراء الاول بالف وقد اشتراها منه الشفيع بالفين ثم حضر الشفيع الذي هو دونه او مثله واراد اخذها بالبيع الاول ، قال ابو يوسف : يأخذها من ذي اليد بالف . ويقال

له اطلب بايعك بالف اخرى · وعندهما يشترط حضرة المشتري الاول ·وان طلب بالبيع الثاني لا يشترط حضرة الاول اتفاقاً ،ويبطلها مساومة الشفيع المشفوع من المشتري بيعاً اواجارة بعد علمه بالبيع ، كما هو مذكور في هذه المادة· وكذا طلبه من المشتري ان يوليه عقد الشراء ، اي يبيعه بمثل الثمن الاول · ومثل التولية المرابحة · وكذا لو طلبها مزارعة او مساقاة بعد علمه بالبيع ، لان كل ذلك دليل الاعراض عنها ·

وقيدنا المساومة بكونها للمشفوع لانه لو اشترى داراً فساوم الشفيع داره المشفوع بها وقد كان اشهد على طلبه ، فهو على شفعته (الكل من الدر وحواشيه)

وذكر في الاشباه ان الابراء العام من الشفيع للمشتري يبطلها ، سواء علم انه وجبت له الشفعة ام لا اه ·

وفي الهندية وما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته نوعان اختياري ،وضروري· والاختياري نوعان : صريح وما يجري مجراه ، ودلالة ·

اما الاول ، فنحو ان يقول الشفيع ابطلت الشفعة او اسقطتها او ابرأتك عنها او سلمتها او نحو ذلك ، سواء علم بالبيع او لم يعلم ان كان بعد البيع ، لأن اسقاط الحق صريحاً يستوي فيه العلم والجهل ، بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة ، فانه لا يسقط حقه ثمة الا بعد العلم بالبيع · واما الدلالة ، فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري ، نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر ، او قام عن المجلس او تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين · وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشتري او سأله ان يوليه اياه او استأجرها الشفيع من المشتري او اخذها مزارعة او معاملة· وذلك كله بعد العلم (هكذا في البدائع) اه ·

وفيها : تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح ، وبعده صحيح ، علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم ، علم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم (كذا في المحيط)

وفي الخانية : اذا قال الشفيع : سلمت شفعة هذه الدار ، كان تسليما صحيحاً وان لم يعين احداً . وكذلك لو قال للبايع ، سلمت لك شفعة هذه الدار ، والدار في يد البائع · ولو قال للبايع ، بعد ما سلم الدار الى المشتري : سلمت الشفعة

لك ، يصح استحساناً . ولو قال : سلمت الشفعة بسببك او لأجلك ، صح تسليمه قياساً واستحساناً اه .

وفي الهندية : واذا كان المشتري وكيلاً من جهة غيره بشراء الدار فقال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ولم يعين احداً ، كان تسليماً صحيحاً . وكذا لو قال للوكيل سلمت لك شفعة هذه الدار والدار في يد الوكيل ، صح التسليم قياساً واستحساناً . ولو قال ذلك للوكيل بعد ما دفع الدار الى الموكل ، صح التسليم استحساناً . واذا كان المشتري وكيلا عن غيره بالشراء فقال له الشفيع : سلمت لك شفعة هذه الدار خاصة لك دون غيرك ، كان هذا تسليما صحيحاً للآمر اه

ولو قال الشفيع لاجنبي ابتداء : سلمت شفعة هذه الدار لك ، او قال اعرضت عنها لك ، لا يصح تسليمه ولا تبطل شفعته قياساً واستحساناً (خانية) وتمام هذه المسائل فيها .

وفي الهندية ، من الباب التاسع : قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم ثم علم انها بيعت بأقل او ببر او شعير او عددي متقارب قيمته الف او اكثر ، فله الشفعة . ولو بان انها بيعت بدنانير او بعروض قيمتها الف ، فلا شفعة

والفرق بين العرض وبين البر والشعير والعددي المتقارب ان العرض قيمي ، والواجب فيه القيمة ، وهي دراهم او دنانير ، فلا يظهر فيه التيسير . وذاك مثلي يؤخذ بمثله ، فربما يسهل عليه لعدم قدرته على الدراهم . واما الفرق في مسئلة الدنانير ، فلأنهما جنس واحد في المقصود ، وهو الثمنية عندنا ومبادلة احدهما بالآخر متيسرة عادة . ولو اخبر ان الثمن عروض كالثياب والعبيد فبان انه مكيل او موزون ، او اخبر انه مكيل او موزون فبان انه جنس آخر منه ، فهو على شفعته . وان بان انه جنس آخر من عروض او فضة او ذهب كقيمة ما بلغه ، فلا شفعة ، لعدم الفائدة . ولو علم ان المشتري زيد فسلم ثم بان انه بكر ، فله الشفعة . ولو بان ان المشتري هو مع غيره ، كان له اخذ نصيب غيره لعدم التسليم في حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل ، فله الشفعة في الكل . وفي عكسه بأن اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف ، لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في كل ابعاضه ، بخلاف عكسه اه (ملخصاً

من الدر وحواشيه)

قال الزيلعي : وقيل : له الشفعة في العكس ايضاً ، لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع ، وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع . وشيخ الاسلام مال الى هذا ، وحمل ما ذكر في ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل . اما اذا تبين له ان ثمن النصف مثل نصف الكل ، فله الشفعة والمعنى ما ذكرنا اه . وبه جزم في الذخيرة كما في رد المحتار ، وكذا في الجوهرة .

رجل باع داراً وهي في اجارة الغير والمستأجر شفيعها ، توقف البيع على اجازة المستأجر . فإن اجازه ، كان له ان يأخذ الدار بالشفعة . وهذا بخلاف ما لو كفل الشفيع بالثمن او بالدرك حيث تبطل شفعته . ولو ان المستأجر لم يجز البيع ولكنه طلب الشفعة ، كان طلب الشفعة فسخاً للاجارة ، وهو على شفعته (خانية ملخصاً)

وفيها : ولو اشترى الاب داراً لنفسه وولده الصغير شفيعها ، ليس للصبي اذا بلغ ان ياخذها بالشفعة . ولو باع الاب داره وولده الصغير شفيعها ، كان للصبي ان ياخذها بالشفعة اذا بلغ اه وتمام هذه المسايل سيأتي في شرح المادة ١٠٣٥

المادة ١٠٢٥ - ❊ يشترط ان يكون البدل مالاً معلوم المقدار . بناء عليه لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بالبدل الذي هو غير مال . مثلاً لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت ببدل اجرة الحمام لان بدل الدار هنا ليس بمال وانما هي الاجرة التي هي من قبيل المنافع . كذلك لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك بدلاً عن المهر ❊

وان قوبل ببعض العقار مال بان تزوج امراة على دار على ان ترد عليه الف درهم ، فانه لا شفعة في شيء منها ، لان معنى البيع تابع في هذا العقد ،

لانه وان اشتمل على نكاح وبيع لكن المقصود منه النكاح ، بدليل انه ينعقد بلفظ النكاح - ولا شفعة في الاصل ، فكذا في التبع

وهذا عند الامام رحمه الله تعالى . واوجبها الصاحبان في حصة المال (افاده في الدر وحواشيه)

وكذا لا تجري الشفعة في دار جعلت بدل خلع او بدل صلح عن دم عمد او عوض عتق كما في علمة المتون . قال الزيلعي : لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما تملك به المشتري صورة ومعنى او معنى بلا صورة . ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست باموال ، ولا مثل لها حتى ياخذ الشفيع بمثلها ، فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه .

ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقاراً مهراً ، لم تكن فيه الشفعة ، لانه تعين لمهر المثل ، وهو مقابل بالبضع - بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها او بالمسمى عند العقد او بعده ، حيث تثبت فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال ، لان ما اعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر (اه مختصراً)

قال في حاشيته للشلبي ، عازياً للشرح الكافي : وكذلك لو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داراً مهراً او صالحها على ان جعلها لها مهراً او اعطاها اياها مهراً ، لم يكن فيه شفعة ، لانه في هذه الوجوه كلها تكون الدار عوضاً ، اذ الصلح والعوض يكون تقديراً لمهر المثل . اه

وفي الهندية : رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً ثم دفع اليها داراً ، فهذا على وجهين: ان قال الزوج جعلتها مهرك ، فلا شفعة فيها . وان قال جعلتها بمهرك ، ففيها الشفعة . اه

ثم ان جميع ما ذكر من هذه المسايل مفرعة على اشتراط كون البدل مالاً .
ويتفرع على اشتراط كون ذلك المال معلوم المقدار انه لو اشترى عقاراً بدراهم جزافاً واتفق المتبايعان على انهما لا يعلمان مقدار الدراهم وقد هلك في يد البائع بعد التقابض ، فلا شفعة له في ذلك العقار ، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة كما في الدرر

وعن هذا ذكر في متني الغرر والتنوير وغيرهما ان من حيل اسقاط الشفعة

ما لو اشترى بدراهم معلومة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض . لكن حقق في رد المحتار ان هذا انما يتم اذا وافقها الشفيع على عدم المعرفة اه

وسيأتي لهذا زيادة كلام وتحقيق اواخر ما كتبناه من مسائل شتى آخر باب الشفعة عند الكلام على الحيل المبطلة للشفعة .

المادة ١٠٢٦ - ❋ يشترط ان يزول ملك البايع عن المبيع . بناء عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداد البايع وفي البيع بشرط الخيار انما تجري الشفعة اذا كان المخير المشتري فقط وان كان المخير البايع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط خياره واما خيار العيب وخيار الرؤية فليسا بمانعين لثبوت الشفعة ❋

يعني انه يتفرع على اشتراط زوال ملك البايع عن المبيع مسائل . منها: انه لا شفعة في دار بيعت بيعاً فاسداً حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء ، لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البايع باقياً على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه . وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البايع باقٍ فيها . الا ترى انه واجب الرفع لدفع الفساد ، وفي اثبات حق الشفعة تقريره ، فلا يجوز ، لانه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه الى الشفيع . ثم اذا سقط حق الفسخ انقطع حق البائع عن استرداده ، فتجب الشفعة اه (زيلعي)

وبهذا تعلم ان شرط ثبوت الشفعة في البيع الفاسد في الحقيقة هو سقوط حق استرداد البايع المبيع . واما سقوط حق الفسخ فهو ملزوم لهذا الشرط . فما قاله الشارح سليم باز من ان تعبير هذه المادة بلفظ «ما لم يسقط حق استرداد البايع» فيه نظر لان كلاً من المتعاقدين يقدر على فسخه اه ، فيه نظر ، بل هو خطأ

لمحض لان ثبوت حق الفسخ للمشتري لا اثر له في منع الشفعة . الا ترى ان الشفعة تثبت في عقار بيع بخيار للمشتري ، كما سيأتي .

وفي حاشية الشلبي ، معزياً للكافي : المشتري شراء فاسداً اذا بنى في الدار بناء ، ينقطع حق الاسترداد عند ابي حنيفة ومتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع الشفعة ، لأن المانع من ثبوت الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع ، وقد بطل ، وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة ، فيكون ،يعني على قول الامام ، للشفيع ان يأمر المشتري بهدم البناء ، لانه لو بناه في البيع الصحيح يكون له حق النقض ، فاذا بناه في البيع الفاسد اولى اه

ثم ان انقطاع حق البايع لا يختص بالبناء ، بل ينقطع ايضاً باخراج المشتري المبيع بالبيع او الهبة او غير ذلك على ما عرف في البيع الفاسد . فإن اخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع ان يأخذها بأي البيعين شاء ، لانقطاع حق البايع فإن اخذه بالبيع الثاني اخذه بالثمن ، لان البيع الثاني صحيح ، والواجب فيه الثمن فيأخذه به . وان اخذها بالبيع الاول اخذها بقيمتها ، لان الواجب فيه القيمة . ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني ليأخذها الشفيع ، لان البيع الثاني كان صحيحاً مفيداً للملك ، وانما فسخ لحق الشفيع ، ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع . ومن المحال ان يبطل حقه بالفسخ لاجل حقه ، لان ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه . وكذا ان اخرجه عن ملكه بالهبة او جعله مهراً او غير ذلك ، نقض تصرفه واخذه بقيمته ، لما ذكرنا .

وان بيعت دار بجنبها قبل القبض اي قبل ان يقبضها المشتري ، فللبائع الشفعة في المبيعة ، لبقاء ملكه فيها . وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها ، لان الملك له ولا يؤدي اخذها الى تقرير الفساد ، لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة ، ولا فساد في المأخوذة — بخلاف المشتراة شراء فاسداً ، لان اخذها بالشفعة يؤدي الى تقرير الفساد على ما بينا .

ثم ان سلم البائع المبيع الى المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، بطلت شفعته كما اذا باعها قبل الاخذ بالشفعة . وان سلمها بعد الحكم له بها ، لا تبطل ، لان ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه . وانما يستحق

المشتري الدار المبيعة بجنبها الشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله ، لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله . وان بيعت بعد القبض فاستردها البايع منه قبل ان يقضي له بالشفعة ، بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ ، فصار كما اذا باعها قبله . وان استردها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه ، لما ذكرنا (كذا في الزيلعي) وقوله لما ذكرنا ، وهو قوله: « لان ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم » الخ .

ومنها ، اي من المسايل المتفرعة على اشتراط زوال ملك البايع ، ما ذكره بقوله « وفي البيع بشرط الخيار الخ » يعني انه لا شفعة في دار بيعت بشرط الخيار للبايع ، لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه . وقد علمت انه شرط وجوب الشفعة ، فان اسقط الخيار وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع . واما الخيار المشروط للمشتري ، فلا يمنع من ثبوت الشفعة ، لان المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق . وانما اختلف اصحابنا هل دخل في ملك المشتري او لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البايع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى انه باع داره من زيد ، فجحد زيد ، وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري . ولو كان البيع بشرط الخيار لهما جميعاً فلا شفعة ايضاً ، لان المبيع لم يخرج عن ملك البايع بسبب خياره المشروط . ولو شرط البايع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها ، لانه لما شرط الخيار للشفيع صار كانه شرط الخيار لنفسه ، فان اجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته ، لان البيع من جهة الشفيع قد تم وصار كانه باع . وان فسخ فلا شفعة له ايضاً ، لان ملك البايع لم يزل . ولكن الحيلة له في ذلك ان لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البايع البيع او يجوز بمضي المدة ، فحينئذ له الشفعة . ولو ان المشتري شرط الخيار للشفيع ، كان للشفيع الشفعة لان اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع من وجوب الشفعة .

ثم ان كان الخيار للمشتري واخذها الشفيع ، لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ، ولا ينتقل خيار الشرط للشفيع لان الشرط كان للمشتري لا للشفيع فلا يثبت للشفيع بدون شرط ، لان اسمه ينبيء عنه . وهذا في الدار التي فيها الخيار

فلو بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما ، كان له الاخذ بالشفعة ،لان البايع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله ان باخذها بالشفعة ويسقط خياره وينفسخ البيع ، لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع ، لانه اراد بذلك استبقاء المبيع اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام ٠٠ وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له ، لان المبيع دخل في ملكه عندهما ، لانه يصير بالاخذ مختاراً للبيع ،فيصير اجازة فيلزم ٠ وكذا الحكم على قول الامام لانه صار احق بالمبيع من غيره ٠ وذلك يكفي لاستحقاقه الشفعة — كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره ، وكذا اذا اشترى داراً ولم يرها فبيعت دار بجنبها ، كان له ان باخذها بالشفعة ، لان ملكه في التي يشفع بها ثابت ، لكنه هنا اذا اخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الروءية لا يسقط بصريح الاسقاط ، فبدلالته اولى ٠

ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري ، كان له ان ياخذها بالشفعة لان الشفيع اولى من المشتري ، وليس له ان ياخذ الثانية وهي التي اخذها المشتري بالشفعة اذا لم تكن متصلة بملك له آخر غير الدار التي اخذها بالشفعة ، لانعدام سبب الشفعة في حقها ٠ واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى ٠ وان كانت متصلة بملكه ، كان له ان يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب ، وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط او روءية بل كل من اشترى داراً وبيعت دار بجنبها كان له هو ان باخذها بالشفعة ٠ ثم اذا جاء شفيع الاولى بعد ما اخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء ان ياخذ الاولى بالشفعة ،وليس له ان يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا ٠ اه ملخصاً من الزيلعي وحاشيته للشلبي ٠

ومن المسائل المفرعة على اشتراط زوال ملك البايع ان خيار العيب وخيار الروءية لا يمنعان ثبوت الشفعة كما صرحت به الفقرة الاخيرة من هذه المادة ٠ قال الشلبي : لانهما لا يمنعان من خروج المبيع من ملك البايع ، وهذا المعنى هو سبب الشفعة اه٠

﴿ تنبيه ﴾

يشترط طلب الشفيع الشفعة في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البايع من الاسترداد اتفاقاً ، كما في التنوير وغيره . واما في البيع بشرط الخيار للبايع ، فقيل عند سقوط الخيار ، وعليه مشى في الجوهرة والدرر والمنح والهداية ، واقره شراحها كما في رد المحتار ، وعليه اقتصر الشارح الزيلعي وقال انه الاصح ، معللاً بان البيع انما صار سبباً لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة يبنى على انقطاع حق المالك وهو ينقطع به عنده . وقيل انه يشترط الطلب والاشهاد عند البيع حتى لو لم يطلب ولم يشهد عند البيع ثم جاز البيع بالاجازة او عند مضي مدة الخيار فلا شفعة له . وكل من القولين مصحح والاول اصح كما في الزيلعي والكافي وغيرهما . لكن نقل في رد المحتار عن الظهيرية ان الثاني هو ظاهر الرواية والاول رواية عن ابي يوسف . ثم قال : فقد ظهر تصحيح كل من القولين ، ولكن ان ثبت ان الثاني ظاهر الرواية لا يعدل عنه اه

وقيدنا بكون الخيار مشروطاً للبائع لانه لو كان للمشتري تثبت فيه الشفعة قبل الاجازة ، لخروج المبيع حينئذ عن ملك البائع ، كما قدمناه . فلا خلاف في اشتراط الطلب وقت البيع ، كما هو ظاهر .

المادة ١٠٢٧ — ﴿ لا تجري الشفعة في تقسيم العقار . مثلاً لو تقسمت دار مشتركة بين المتشاركين لا يكون الجار الملاصق شفيعاً ﴾

لان القسمة فيها معنى الافراز يعني تمييز الحقوق وتعديل الانصباء ، ولهذا يجري فيها الجبر . والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة ، وهي المبادلة من كل وجه (زيلعي)

(الفصل الثالث)

﴿ في بيان طلب الشفعة ﴾

المادة ١٠٢٨ - ﴿ يلزم في الشفعة ثلاث طلبات وهي طلب المواثبة وطلب التقرير والاشهاد وطلب الخصومة والتملك ﴾

سمي الطلب الاول طلب المواثبة تبركاً بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ الشفعة لمن واثبها ﴾ اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة ، من الوثوب على الاستعارة ، لان من يثب هوالذي يسرع في طي الارض بمشيه . اه (شلبي)

وسمي الطلب الثاني طلب التقرير لانه يقرر الطلب الاول وهو المواثبة ، لانه لما كان على الفور وقد لا يمكنه الاشهاد عليه احتاج لما يقرره وطلب الاشهاد ، لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي .

وسمي الطلب الثالث طلب خصومة لانه لا يحكم له بدونها . وطلب تملك لانه هو المقصودمن الخصومة ﴿ افاده الزيلعي ﴾

المادة ١٠٢٩ = ﴿ يلزم على الشفيع ان يقول كلاماً يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه في الحال كقوله انا شفيع المبيع او اطلبه بالشفعة ويقال لهذا طلب المواثبة ﴾

المراد بالسماع لازمه ، وهو العلم ، ليدخل ما اذا علم بالبيع بكتابة ونحوها . قال

الزيلعي : ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال . ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره به رجلان غير عدلين ، او واحد عدل عندابي حنيفة رحمه الله تعالى، او رجل وامراتان — لان فيه الزاماً من وجه دون وجه ،فيشترط فيها احد شطري الشهادة ، اما العدالة او العدد . وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد ، حراً كان او عبداً ، صغيراً كان او كبيراً ، اذا كان الخبر حقاً . واذا لم يشهد بطلت شفعته . ولو اخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان ، لانه خصم فيه . والعدالة غير معتبرة في الخصوم اه ورسول المشتري كالمشتري فلا تشترط فيه العدالة كما في الدر وحواشيه .

وهل يشترط في الطلب ان يكون فور العلم او في مجلسه ؟— خلاف : قيل: الشرط ان يطلب كما علم على الفور بدون تاخير ولا سكوت ، حتى لو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره ، بطلت شفعته . وكذا لو سكت هنيهة ، واليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى ، كما في مجمع الانهر ، وعليه الفتوى كما في الدر عن جواهر الفتاوى . وهو ظاهر الرواية كما في ردالمحتار عن الشرنبلالية .

وقيل : الشرط ان يطلبها في مجلس علمه بالبيع وان امتد المجلس ، مالم يصدر منه فيه ما يدل على الاعراض عنها . واليه ذهب الامام ابو الحسن الكرخي وبعض المشايخ ، وعليه مشت عامة متون المذهب ، وهو اصح الروايتين كما في الدرر وغيره . فلو سكت او قال بعد ما بلغه البيع : الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم او سبحان الله ، لا تبطل شفعته على هذه الرواية ، لان الاول حمد على الخلاص من جوار البايع ، والثاني تعجب منه لقصد الاضرار به ، والثالث لافتتاح الكلام به ، ولا يدل شيء منه على الاعراض . وكذا اذا قال من ابتاعها: وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض . وكذا لو قال : خلصني الله (كذا في الزيلعي وغيره)

وقد اعتمد في الدر والدرر على اعتبار المجلس اخذاً برواية الكرخي موافقة لما عليه المتون . لكن ذكر فى حاشية رد المحتار ان القول الاول هو المناسب لتسمية

طلب المواثبة ، ولظاهر الحديث المار ، وان ظاهر الهداية اختيار ، وظاهر الرواية كما في الشرنبلالية والخانية والزيلعي وشرح المجلة ، ان قول الجواهر: (وعليه الفتوى) ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية ، فيقدم على ترجيح المتون بمشيهم على خلافه ، لانه ضمني اه

اقول: وصرح في الشرنبلالية ان رواية الكرخي خلاف ظاهر الرواية . لكن في حاشية الشلبي قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره : وان بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع ، فان محمداً قال في الاصل : ان لم يطلب مكانه ، بطلت شفعته . قال القدوري في شرحه : وهذا يقتضي ان الطلب على المجلس اه

ثم نقل عن شرح القدوري ايضاً ما نصه : واذا ثبت انه على المجلس ، تصحيح الروايتين ، كان على شفعته ما لم يقم او يتشاغل بغير الطلب اه وانت تعلم ان الاصل من كتب ظاهر الرواية ، فلا يصح القول بان رواية الكرخي خلاف ظاهر الرواية ، كيف وان المتون موضوعة لنقل مسائل ظاهر الرواية .

هذا وقد ذكر الشلبي ما نصه : قال الاتقاني : قال الشيخ ابو حسن الكرخي في مختصره بعد ما ذكر روايات الاصل والنوادر : وليس هذا عندي اختلافاً في رواية ولا في معنى ، لان جميع العبارات انما اريدبها ان لا يكون الطلب متراخياً عن الحال تراخياً يدل على ترك المطالبة بالشفعة او الاعراض عنها ، وهو عندي على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته امرك بيدك ، وكخيار المشتري اذا اوجب له البائع البيع ، فللمشتري خيار الرد او القبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على الاعراض عن الجواب او الترك اه

وما سيأتي في المادة (١٠٣٢) من تعليق سقوط الشفعة على الاعراض عند سماع عقد البيع او على قيامه من المجلس قبل الطلب ، صريح في ان المجلة اعتمدت على الاخذ برواية الكرخي موافقة لمتون المذهب . واما تقييد هذه المادة كون الكلام الدال على الطلب في الحال ، فيمكن حمل لفظ الحال على زمن المجلس الذي سمع فيه عقد البيع دفعاً للتناقض بين المادتين ، فيكون قوله في الحال تاكيداً لقوله في المجلس الذي سمع عقد البيع لا تقييداً له ، فتدبر

❊ تنبيه ❊

ذكر في رد المحتار فروعاً ، منها . سمع وقت الخطبة فطلب بعد الصلاة: ان بحيث يسمع الخطبة ، لا تبطل . والا ففيه اختلاف المشائخ . ولو اخبر في التطوع فجعله اربعاً او ستاً ، فالمختار انها تبطل ، لا ان اتم ما بعد الظهر اربعاً في الصحيح . ولو ستاً ، تبطل . ولا تبطل ان اتم القبلية اربعاً . وسلامه على غير المشتري يبطلها . ولو عليه ، لا ، كما لو سبح او حمدل او حوقل اوشمت عاطساً (تاترخانية) اي على رواية اعتبار المجلس (كفاية وشرنبلالية)اه

اقول : يعني ان قوله « ولو عليه لا كما لو سبح الخ » يتخرج على رواية اعتبار المجلس . وعلى رواية اعتبار الفور تبطل ايضاً - بخلاف المسائل التي قبلها ، فان بطلان الشفعة فيها متفق عليه . اما على اعتبار رواية الفور ، فظاهر . واما على رواية اعتبار المجلس ، فلأن ما صدر منه من اشتغاله بالصلاة وهو بحيث لا يسمع الخطبة . ومن تتميم شفع التطوع اربعاً وما بعد الظهر ستاً ، جميع ذلك ، يدل على الاعراض عن الشفعة ، لانه اشتغال بامر آخر غير مندوب اليه ، فتسقط وان لم يتحول المجلس .

ومن ذلك ما في الهندية: ولو اخبر بعد ما كان قعد الاخيرة فلم يطلب حتى قرأ الدعوات الى قوله ❊ ربنا آتنا في الدنيا حسنة ❊ ثم سلم ، بطلت .

وفي النوازل : اذا اراد ان يفتتح الصلاة مع الامام بجماعة فلم يذهب في طلبها ، تبطل شفعته اه معزياً للتتارخانية ، فتنبه . (فائدة) ذكر في الخانية : اذا سمع الشفيع بيع الدار فسكت ، قالوا لا تبطل شفعته ما لم يعلم المشتري والثمن كالبكر اذا استؤمرت ثم علمت ان الاب زوجها من فلان ، صح ردها اه قال في رد المحتار : وبه افتى المصنف التمرتاشي رحمه الله تعالى في فتاواه المشهورة اه ومثله في الزيلعي حيث قيد بطلان الشفعة بالسكوت بما اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن ، معللاً بان السكوت انما يكون دليل الرضى بعد العلم بهما ، كالبكر لا يكون سكوتها رضى الا اذا كان بعد العلم بالزوج اه

اقول : وهذا في سقوط الشفعة بالسكوت . اما في سقوطها بالتسليم الصريح

او ما يجري مجراه ، فلا يشترط العلم بنفس البيع ، كما قدمناه في شرح المادة (١٠٢٤) عن الهندية معزياً للبدائع . فلأن لا يشترط العلم بالمشتري والثمن اولى .

وفي الهندية ايضاً عن المحيط : تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح ، وبعده صحيح ، علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم ، علم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم اه — فهذا صريح فيما قلنا . فان قيل قد يعارض هذا ما ذكر في المتون : قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل او انها بيعت من زيد فسلم ثم علم ان المشتري غيره ، فله الشفعة . قلت : يمكن التفريق بان تسليم الشفيع في مسئلة المتون ، مقيد بما اذا كان المشتري زيداً والثمن الفاً وفي مسئلتنا مطلق ، فيعم ما اذا كان المشتري زيداً او غيره والثمن الفاً او اقل هذا ما ظهر لي من الفرق دفعاً للمعارضة بين ما في المتون وبين ما تقدم عن الهندية معزياً للبدائع والمحيط ، فتدبره .

بقي ما اذا كان التسليم بغير السكوت مما يدل على الاعراض عنها كالشروع في عمل آخر وما اشبهه ، هل له حكم السكوت فلا تبطل فيه الشفعة الا بعد العلم بالمشتري والثمن ، او له حكم الصريح فلا يشترط فيه ذلك ؟ والظاهر الثاني ، فان ما تقدم عن الخانية والزيلعي من التنصيص على اشتراط العلم بالثمن والمشتري ، مقتصر على ما اذا كان التسليم بمجرد السكوت كما علمت . فلا يمكن الافتاء باشتراط ذلك فيما اذا كان التسليم بغير السكوت مما يدل على الاعراض الا بنقل صريح . واما ما قدمناه في شرح المادة الآنفة الذكر عن الهندية من ان الاسقاط من طريق الدلالة لا يسقط حق الشفعه الا بعد العلم بالبيع اه فليس نصاً في ان الاسقاط من طريق الدلالة لا يسقطها الا بعد العلم بالمشتري والثمن ايضاً ، مع ان وجه اشتراط العلم بالبيع ظاهر ولا يظهر وجه لاشتراط العلم بالثمن والمشتري . وبيان ذلك ان الدلالة على اعراض الشفيع عن الشفعة وهو لا يعلم بالبيع غير متصور ، بخلافها مع عدم علمه بالمشتري والثمن ، فانها ممكنة كما هو ظاهر بادنى تدبر .

والحاصل ان المنصوص عليه في الخانية والزيلعي ان الشفعة انما تبطل بسكوت الشفيع عند اخباره بالبيع اذا علم بالثمن والمشتري . والمنصوص عليه في الهندية

ان الاسقاط بطريق الدلالة انما يبطل الشفعة اذا كان بعد العلم بالبيع . اما اذا كان الاسقاط بغير السكوت مما بطريق الدلالة وهو بعد العلم بالبيع لكن قبل العلم بالثمن والمشتري فقد بقي مسكوتاً عنه ، فيبقى داخلاً تحت عموم قولهم « الشفعة تبطل بالأعراض عنها » الا ان يوجد النقل الصريح بأن كل ما يدل على الاعراض ، له حكم السكوت من حيث اشتراط العلم بالثمن والمشتري . هذا ما تحرر عندي فاغتنمه ، فاني لم ار من حرر هذه المسئلة .

ورأيت في شرح الزيلعي ما نصه . وكذا ، اي لا تبطل الشفعة ، اذا قال الشفيع حين اخبر بالبيع من ابتاعها « بكم بيعت » لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض اه فتأمله ، فإنه ربما يفهم منه انه لو تكلم بغير قوله « ابتاعها وبكم بيعت » مما يدل على الاعراض والمسئلة . بحالها ، يعني قبل العلم بالثمن والمشتري ، تبطل شفعته .

ورايت في الهندية ما نصه : وان سئله عن ثمنها فاخبره به ثم طلبها ، بطلت شفعته . كذ في المضمرات اه وكأن ما تقدم عن الزيلعي مبني على رواية الكرخي المتقدمة ، وما في المضمرات على رواية الفور . وهذا ايضاً يدل على ما قلنا ، لان الشفيع لا يسئل عن الثمن الا اذا كان غير عالم به ، وقد جعل سؤاله هذا مسقطاً لشفعته لانه لم يطلبها فور علمه بالبيع ، وما هذا الا لكون الاسقاط حصل بغير السكوت مما يدل على الاعراض ، والا كان مخالفاً لما تقدم عن الخانية والزيلعي من اشتراط العلم بالثمن والمشتري ، فتدبره . وانما اشبعنا الكلام عليها لكثرة وقوعها في زماننا هذا الفاسد ، فقد رأينا من مضى على علمه بالبيع سنون قد جاء يطلب الشفعة زاعماً انه لا يعلم الثمن مع انه قد بدا منه في تلك الاشهر والسنين ما يدل على الاعراض عنها كيفما كان الثمن ، ولا قصد له في طلبها الآن الا الاضرار لمنافرة بينه وبين المشتري او لحدوث حاجة له الى الدار او لتحسين في ثمنها لكثرة الرغبات فيها ، فلا جرم ان الاحرى للقاضي عدم سماع مثل هذه الدعوى اعتباراً لسقوط شفعته بكلام او فعل يدل على الاعراض عنها قطعاً للاطماع الفاسدة ، والله سبحان الموفق .

المادة ١٠٣٠ — ❊ يلزم على الشفيع بعد طلب المواثبة ان يشهد ويطلب طلب التقرير وهو ان يقول في حضور رجلين او رجل وامرأتين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار او عند المشتري انت قد اشتريت العقار الفلاني او عند البايع ان كان العقار موجوداً في يده انت قد بعت عقارك وانا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والآن اطلبها اشهدا وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد على هذا الوجه يوكل آخر وان لم يجد وكيلاً ارسل مكتوباً ❊

اقتصار المجلة على ذكر لزوم الاشهاد في هذا الطلب يشير الى ما اتفقت عليه كلمتهم من ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم الا لمخافة الجحود . وعلله شراح الهداية كما في رد المحتار ، بان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة اه وقولهم « الا لمخافة الجحود » اي فيما اذا اضاف الطلب الى وقت ماض بان قال علمت امس وطلبت ، فانه لا يصدق بقوله بل عليه اثباته بالبينة ، لانه حكى امراً لا يملك استئنافه للحال فلا يصدق فيه الا ببينة — بخلاف ما لو قال « طلبت حين علمت » فانه لما اطلق الكلام اطلاقاً جعل كانه علم بالشراء الآن وطلب الشفعة ، فيصدق بقوله مع اليمين . وعن هذا قال الزيلعي ثم اذا اخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته احد يطلب بغير اشهاد ، لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد ، والاشهاد لمخافة الجحود ، والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى ، وليمكنه الحلف اذا حلف اه فقوله « لمخافة الجحود » اي فيما اذا اسند الطلب الى وقت ماضٍ . وقوله « ليمكنه الحلف اذا حلف » اي فيما اذا قال طلبت حين علمت ، فلا يردان قوله

« لمخافة الجحود » يفيد ان القول قول المشتري ، وقوله « ليمكنه الحلف » يفيد عكسه ، وهو ان القول قول الشفيع .

ثم ان قولهم « القول قول الشفيع » فيما اذا قال « طلبت حين علمت » يفيد ان بينة المشتري على ترك الطلب تقبل وان قامت على النفي . وبه صرح في الدرر فقال : اما بان يقول للشفيع تركت الطلب ليكون في صورة الاثبات ، واما بان يقول ما طلبت لانه وان كان نفياً ظاهراً لكنه نفي محصور ، ليكون في حكم الاثبات كما تقرر في الاصول . وعلى التقديرين : ان اقام البينة تقبل ، والا يحلف المشتري الشفيع بأنه لم يترك او طلب اه لكن قال محشية الشرنبلالي : قوله « امـا بان يقول للشفيع تركت الطلب يعني يقول له انت قلت تركت الطلب وتشهد به البينة اه » وهذا يفيد ان البينة انما تقام على اقرار الشفيع بانه ترك الطلب فيكون قائمة على الاثبات لا على النفي . لكن تصوير صاحب الدرر وتعليله ، ينا في هذا التفسير ولعل الشرنبلالي قصد بهذا التفسير الرد على صاحب الدرر بان اقامة المشتري البينة على الاثبات ممكنة وذلك بان يقيمها على اقرار الشفيع بانه ترك الطلب ، فان صاحب الدرر لم يستند في تصويره المذكور الى نقل يعضده ، فتأمل .

ثم قال في الدرر : وان لم يكن للمشتري بينة على ترك الشفيع واقام الشفيع البينة على طلبه ، تقبل . وان كان لها بينة ترجح بينة المشتري لان الشفيع يتمسك بالظاهر . ولهذا كان القول قوله فظهر ان الحكم هاهنا ان المشتري ان اقام البينة حكم بها ، والا فان اقامهـا الشفيع حكم بها وان لم يكن لواحد منهما بينة حلف الشفيع فحكم له بالشفعة . اه باختصار .

وهذا كله فيما اذا لم يضف الطلب الى وقت ماض كما علمت اما اذا قال « علمت امس وطلبت » فالقول قول المشتري لانه ينكر طلب المواثبة فيحلف على العلم ، لانه تحليف على فعل غيره فيقول لا اعلم انه طلب كما في الدر قال في رد المحتار هو موافق لما في التتارخانية عن فتاوى ابي الليث اه وهذا الذي ذكرناه من ان الاشهاد في طلب المواثبة غير لازم قد علمت انه قد اتفقت كلمتهم عليه لكن ذكر في الدرر في باب ما تكون الشفعة فيه او لا وما يبطلها متناً وشرحاً

ما هو صريح في ان الاشهاد على طلب المواثبة ، شرط اذا كان قادراً عليه بان كان عنده حين اخبر رجلان او رجل وامرأتان . وحمل قولهم ان الاشهاد فيه ليس بلازم على ما اذا لم يكن قادراً على ذلك بان اخبر بالبيع في محل خالٍ عمن يشهده ، اغتراراً بقول صاحب الهداية : اذا ترك الشفيع الاشهاد على طلبها حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته اه . ورده محشيه الشرنبلالي بان الشرط الطلب فقط دون الاشهاد عليه اتفاقاً . وبما له الاكمل وغيره ان المراد بالاشهاد في قول الهداية « اذا ترك الشفيع الاشهاد الخ » نفس طلب المواثبة ، بدليل قوله « لاعراضه عن الطلب » وبان صاحب الهداية صرح قبل هذا بان المراد بقول القدوري « اشهد في مجلسه » هو طلب المواثبة ، فلا تنافي بين كلامي الهداية اه ملخصاً .

ويمكن كما قال الطحطاوي ، حمل قول الهداية « اذا ترك الشفيع الاشهاد الخ » على ترك الاشهاد في طلب التقرير على احد العاقدين او عند الدار . فان تركه مع القدرة عليه يبطلها . لكن فيه انه ايضاً لا يبطلها ، بدليل انه لو صدقه المشتري ، صح كما ستعلمه قريباً (افاده في رد المحتار)

وبهذا تعلم ان ما لخصه الشارح سليم باز من عبارة الدرر مخالف لما فيه وان كان موافقاً لما في عامة الكتب .

واقول : ما تقدم في اول هذه القولة عن الزيلعي مؤيد لما ذكره صاحب الدرر . وكذا ذكر مثله في شرح مسكين على الكنز . ويمكن ان يقال : قول الدرر « تبطل الشفعة بترك الاشهاد على طلب المواثبة اذا اخبر بحضرة رجلين او رجل وامرأتين » ليس المراد منه ان الاشهاد على طلب المواثبة شرط ، بل المراد انه يلزم من عدم شهادة الشهود على طلبه انه سكت ولم يطلب ، فبطلان الشفعة لعدم وجود الطلب اللازم لعدم الاشهاد ، لانه لو طلب لسمعه الشاهدان ، وعدم اسماعهما دليل الاعراض . يرشد الى ما قلنا قوله في تصوير المسئلة « بان كان عنده رجلان او رجل وامرأتان فسكت ولم يشهدهما على طلبه » اه فان قوله « فسكت » ظاهر فيما قلنا . ولو كان المراد كما فهم الشرنبلالي من ان الاشهاد شرط ، لقال « فطلب ولم يشهدهما »

والحاصل ان الطلب والاشهاد في هذه الحالة ، يعني اذا اخبر بحضرة الشاهدين ،

متلازمان . فمتى كان احدهما شرطاً ، كان الاخر كذلك . لا يقال يمكن ان يطلب الشفعة في نفسه ولا يسمعه الشهود ، لانا نقول : الشرط ان يتلفظ بلفظ يفهم منه طلب الشفعة كما تقدم ، فطلبه في نفسه لا يكفي ، ولهذا اذا لم يطلب لفظاً لا يحل له الاخذ ديانة كما قدمناه عن الزيلعي .

وفي حاشية الشلبي عن الاجناس: يحتاج الشفيع ان يطلبها ساعة بلغه البيع و يتكلم بلسانه بالطلب ، حضره الشهود او لم تحضره اه ويلزم من طلبها لفظاً ان يسمعه الشاهدان .

ومن تأمل في عبارة الدرر حق التأمل ظهر له صحة ما ذكرناه . فتعجب الشرنبلالي من صاحب الدرر ونسبته الى السهو وعدم النباهة ، في غير محله هذا ما ظهر لي ، فاحفظه . ثم ان هذه المادة صريحة في ان الاشهاد في طلب التقرير لازم ، وهو ظاهر عباراتهم كما في رد المحتار ، قال : لكن رايت في الخانية : انما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لان الاشهاد شرط فيه ، بل ليمكنه اثباته عند جحود الخصم اه تامل اه قلت : وكذا ذكر في حاشية ابي السعود في اول باب ما تبطل به الشفعة عن الحموي معزياً للبدائع ان الاشهاد على طلب التقرير ليس شرطاً اه فعلى هذا لو صدقه المشتري انه طلبها منه او من البائع وهي في يده او عند الدار ، لا تبطل شفعته وان لم يكن اشهد ، وانه لو ادعاه الشفيع وانكره المشتري ، له تحليفه . وحينئذ لم يبق فرق بين هذا الطلب وبين طلب المواثبة الا من حيث ان القول قوله في طلب المواثبة انه طلب حين علم ، والقول قول المشتري في طلب التقرير انه لم يطلب منه او من البايع او عند الدار ، مع يمينه على العلم ان كان يجحد طلبه من البائع او عند الدار ، لانه على فعل الغير كما تقدم آنفاً . وان كان يجحد طلبه من نفسه حلف على البتات ، كما في الهندية .

وذكر الزيلعي ان الاشهاد انما صح عند هؤلاء الثلاثة اعني المشتري او البائع او العقار المبيع ، لان المشتري والبائع فيه بالملك او باليد . واما عند العقار ، لتعلق الحق به ولا يكون البائع خصماً بعد تسليم المبيع الى المشتري ، لعدم الملك واليد ، فلا يصح الاشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي وذكر

شيخ الاسلام انه يصح استحساناً اه لما مشت عليه هذه المادة تبعا لعامة المتون قياس . قال الحموي ، كما في حاشية ابي السعود : فهذه المسئلة مما قدم فيه القياس على الاستحسان اه

ثم اذا لم يصح الطلب من البائع كما جرت عليه المجلة والمتون من القياس ، هل تبطل شفعته ايضاً حتى لو اشهد بعد ذلك على المشتري بلا تراخ لا يصح ؟ — لم اره منقولاً وقد ذكر في الدر متناً وشرحاً ما نصه : ويصح الطلب من وكيل الشراء ان لم يسلم الى موكله . وان سلم ، لا ، وبطلت . هو المختار . ونقل مثله في حاشية رد المحتار عن الولوالجية والتاترخانية والقنية ، ثم قال : ولعل وجه البطلان ان الوكيل بعد التسليم لم يبق خصماً ، وانما الخصم هو الموكل ، فصار مؤخراً للطلب بطلبه من غير خصم مع القدرة على الطلب من الخصم ، تأمل اه .

ونحن وان كنا لسنا من اهل القياس ، فليس لنا ان نقيس مسئلة على مسئلة مثلها . لكن التعليل المار ان صح يكون الحكم في مسئلتنا كالحكم في مسئلة الدر ، لما صرحوا به من ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، فتأمل ولا تعجل ،

ففي الخالية : لو اشهد على البائع ولم تكن الدار في يده ، لا يصح الاشهاد ويصير كأنه لم يطلب اه — فان قوله « ويصير كأنه لم يطلب » ربما يفيد انه بطلبه من البائع ، لا يصير مؤخراً للطلب . والذي ينبغي الافتاء به لمن ابتلي بالافتاء ان مجرد طلبه من البائع لا يسقط شفعته ، بل اذا طلب من المشتري بعد ذلك بلا تراخ يصح طلبه . وان تراخى مع القدرة ، تسقط . وبالافتاء على هذا الوجه لا يكون خارجاً عن المذهب . فان صحة طلبه من البائع بعد تسليمه المبيع قد ذكره محمد في الجامع الكبير ، كما في حاشية ابي السعود ، وهو من كتب ظاهر الرواية ، وهو الاستحسان كما علمت ، فتدبر .

وفي الدر متناً وشرحاً : وهذا الطلب ، يعني طلب ، الاشهاد ، لا بد منه . حتى لو تمكن منه ولو بكتاب او رسول ولم يشهد ، بطلت شفعته . وان لم يتمكن منه لا تبطل . ولو اشهد في طلب المواثبة عند احدهولاء يعني البائع والمشتري والعقار ، كفاه وقام مقام الطلبين اه .

قال في رد المحتار : فيه اشارة الى ان مدته مقدرة بالتمكن منه . فلو افتتح الطوع بعد طلب المواثبة قبل طلب الاشهاد ، بطلت (خانية) وافتى في الخيرية بسقوطها اذا طلب عند القاضي قبل طلب الاشهاد ، فليحفظ .

وفي الخانية : ان كان المتبايعان والشفيع والدار في مصر والدار في يد البائع ، فالى ايهم ذهب الشفيع وطلب ، صح ولا يعتبر فيه الأقرب والأبعد ، لأن المصر مع تباعد الاطراف كمكان واحد ، الاّ ان يجتاز على الأقرب ولم يطلب ، فتبطل . وان كان الشفيع وحده في مصر آخر ، فالى ايهم ذهب صح وان احد المتبايعين في مصر الشفيع فطلب من الأبعد ، بطلت اه ملخصاً اه

المادة ١٠٣١ — ﴿ يلزم ان يطلب ويدعي الشفيع في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والاشهاد ويقال لهذا طلب الخصومة والتملك ﴾

لا تنس ما قدمناه في شرح المادة السابقة عن الخيرية من ان الشفيع لو طلب عند القاضي قبل طلب الاشهاد ، تبطل شفعته . وصورة هذا الطلب كما في الملتقى وغيره ان يقول الشفيع للقاضي : اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا فمره بالتسليم اليّ اه

قال في الهندية : اذا تقدم لشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي ، يسئل القاضي اولاً المدعى قبل ان يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار من مصر ومحلته وحدودها ، لانه ادعى فيها حقاً فلا بد ان تكون معلومة ، لان دعوى المجهول لا تصح ، فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها فاذا بين . ذلك سأله هل قبض المشتري الدار ام لا ، لأنه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع . فاذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع به ، لأن الناس مختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح ، او يكون هو محجوباً بغيره . فاذا بين سبباً صالحاً ولم يكن محجوباً بغيره ، سأله انه متى علم وكيف صنع حين علم ، لأنها تبطل

بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه ، فلا بد من الكشف . فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعندمن اشهد وهل كان الذي اشهد عنده اقرب من غيره ام لا على الوجه الذي بيناه . فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه ، تمت دعواه واقبل على المدعي عليه وسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع ام لا ، وان كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على الملك ظاهراً ، لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بدمن ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسئله عنه . فإن انكر ان يكون ملكاً ، يقول للمدعي اقم البينة انها ملكك . فان عجز عن البينة وطلب يمينه ، استحلف المشتري ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به ، لأنه ادعى عليه حقاً لو اقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على العلم . وهذا عند ابي يوسف رحمه الله تعالى . كذا في التبيين وعليه الفتوى . كذا في السراجية اه

قال في رد المحتار : قال ابن ملك : وهذا اذا قال المشتري ما اعلم . ولو قال اعلم انه غير مملوك ، يحلف على البتات اه فأن نكل او قامت للشفيع بينة او اقر المشتري بذلك ، ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها و يثبت السبب . و بعد ذلك يسئل القاضي المدعي عليه فيقول هل اشتريت ام لا . فإن انكر الشراء قال للشفيع اقم البينة انه اشترى . فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين المشتري ، استحلف بالله ما اشترى او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار الشفعة من الوجه الذي ذكره . فهذا تحليف على الحاصل ، وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . والاول على السبب وهو قول ابي يوسف رحمه الله تعالى . فإن نكل او اقر او قامت للشفيع بينة ، قضي بها لظهور الحق بالحجة (كذا في التبيين)

وفصّل في الدر تبعاً للقهستاني فقال : يحلف على الحاصل في شفعة الخليط لان ثبوت الشفعة فيه متفق عليه ، فيقول بالله ما استحق الشفيع في هذا العقار الشفعة من الوجه الذي ذكره ، لان في الاستحلاف على السبب اضراراً للمدعى عليه ، لجواز ان يكون قد فسخ العقد — وعلى السبب في شفعة الجوار بأن يقول بالله ما اشتريت هذه الدار ، لانه لو حلف فيه على الحاصل يصدق في يمينه في اعتقاده ، لكونه شافعي المذهب ، فلا يرى الشفعة في الجوار فيفوت النظر في حق المدعي (افاده في رد المحتار)

وكيفية الشهادة ، كما في الهندية عن الذخيرة والمحيط ، ان يشهدوا ان هذه الدار التي بجوار الدار المبيعة ملك هذا الشفيع قبل ان يشتري هذا المشتري هذه الدار ، وهي له الى هذه الساعة لا نعلمها خرجت عن ملكه . فلو قالا ان هذه الدار لهذا الجار ، لا يكفي . ولو شهدا ان الشفيع اشترى هذه الدار من فلان وهي في يده ، او وهبها منه ، فذلك يكفي . فلو اراد الشفيع ان يحلف المشتري ، فله ذلك اه

ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى ، بل بعد القضاء . كذا في الكنز . وهذا ظاهر رواية الاصل . وعن محمد رحمه الله تعالى ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن ، وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازاً عن توى الثمن ، اذ لو قضى القاضي قبل احضار الثمن لم يأمن ان يكون الشفيع مفلساً، فيتعجل ملك الدار ويتاخر الثمن عن المشتري، وهذا لا يجوز . وليس كذلك البيع ، لان الملك ينتقل برضى البائع ، فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه . وجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ، ولان الاحضار، للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب ، فلا معنى لاحضاره قبل القضاء .

ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن ، فللمشتري ان يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه ، لانهما نزلا منزلة البائع والمشتري . وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله تعالى لانه فصلٌ مجتهد فيه فلو اخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه ، لا تبطل بالاجماع، لتاكدها بالقضاء — بخلاف ما اذا اخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد رحمه الله تعالى حيث تبطل لعدم التأكد اه (زيلعي وحواشيه للشلبي)

اقول : وما احسن قول محمد في هذا الزمان الفاسد ، فان المشتري قد لا يكون له قصد بالاخذ بالشفعة الا اضرار المشتري باهلاك الثمن عليه ، او بان يبيعه اياه بثمن آخر فاحش .

عفاء على هذا الزمان فإنه   زمان عقوق لا زمان حقوق

ثم رايت في الخانية : قدم قول محمد في هذه المسألة ونسب ما ذكر في المتون الى بعض المشائخ ، ثم قال : وكذا لو قال المشتري للشفيع هات الدراهم وخذ

شفعتك ، فإن امكنه احضار الدراهم في ثلاثة ايام ولم يحضرها ، بطلت شفعته عند محمد رحمه الله تعالى اه . والخصم للشفيع قبل التسليم ، هو البائع والمشتري ، فيشترط حضورهما للقضاء عليهما ، لان لاحدهما يداً وللآخر ملكاً فلا بد من اجتماعهما ، لان القضاء على الغائب لا يجوز وبعد التسليم المشتري وحده ، لان العقد قد انتهى بالتسليم ، فصار البائع اجنبياً عنهما . فاذا اخذ الدار بالشفعة من يد المشتري ، فالبيع الاول صحيح وبدفع الشفيع الثمن الى المشتري . وعهدة الشفيع على المشتري . وذلك لان الشيء انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه — بخلاف ما لو حكم الحاكم بالشفعة والدار في يد البائع ، فأنه ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري ويسلم الشفيع الثمن الى البائع ، وكانت عهدة الشفيع على البائع بالثمن ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن اذا كان نقده . اه ملخصاً من الدر وحواشيه والزيلعي وحاشيته .

وفي حاشية الشلبي ايضاً ، عند قول صاحب الكنز « والوكيل بالشراء خصم الشفيع ما لم يسلم الى الموكل » عازياً للغاية : ومن اشترى داراً لرجل بامره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة ، فانه ينظر : ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل ، كان للشفيع ان يأخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه وينقد الثمن اليه ويدفعه الوكيل الى الموكل . وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل اخذها منه وينقد الثمن اياه ويكتب العهدة عليه (اه مختصراً)

المادة ١٠٢٢ — ❁ ان اخر الشفيع طلب المواثبة مثلا لو وجد في حال يدل على الاعراض عند استماعه عقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بان اشتغل بامر آخر او بحث عن صدد آخر او قام من المجلس من دون ان يطلب الشفعة يسقط حق شفعته ❁

ولو جاهلا بثبوت الطلب له ، لما في الخانية . رجلان ورثا اجمة ، واحدهما

لم يعلم الميراث، فبيعت اجمة بجنبها فلم يطلب الشفعة، فلما علم ان له فيها نصيباً طلب الشفعة في المبيعة، قالوا تبطل شفعته والجهل ليس بعذر اه (كذا في رد المحتار)

وهذه المادة ظاهرة في ان الشفيع لو طلب في آخر المجلس بعد ان لم يكن صدر منه ما يدل على الاعراض عنها، لا تسقط شفعته، وذلك، لأنها علقت سقوط الشفعة على احد الامرين، وهما اشتغاله بما يدل على الأعراض عنها، او قيامه من المجلس قبل الطلب. ومعلوم ان مفاهيم الكتب حجة يعمل بها فهي ظاهرة كما قدمناه في اختيار رواية الكرخي من اعتبار طلب المواثبة على المجلس، كما مشت عليه المتون، فافهم.

ومن الاعراض ما لو سلم على غير المشتري ثم طلبها، فانها تبطل كما في الزيلعي وغيره. وليس منه ما لو سلم على المشتري، لانه محتاج الى الكلام مع المشتري، فكان محتاجاً الى السلام لان الكلام قبل السلام مكروه كما في الخانية وغيرها، فلا يكون اعراضاً فلا تبطل به، كالو حمدل او حوقل او سبح او شمت عاطساً، او قال، من باعها وبكم بيعت، وقال خلصني الله. وتبطل على رواية الفورية كما قدمناه في شرح المادة (١٠٢٩) فارجع اليها.

المادة ١٠٣٣ — ❋ لو أخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد مدة يمكن اجراؤه فيها ولو بارسال مكتوب يسقط حق شفعته ❋

هذا صريح في ان مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن منه. واشتراط ارسال مكتوب او وكيل او رسول اذا تمكن من ذلك، موافق لما قدمناه في شرح المادة (١٠٢٩) عن الدر وغيره. ولا ينافيه ما ذكره الزيلعي حيث قال: وان كان الشفيع غايباً يطلب طلب المواثبة حين يعلم. ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى احد هذه الثلاثة، يعني المتعاقدين او العقار المبيع لا كما يتوهم حيث لم يشترط ارسال شيء من ذلك، لأن كلامه مفروض فيما اذا ذهب الى احد هذه الثلاثة بعد ان طلب طلب المواثبة ولم يتأخر بدليل قوله «بقدر المسافة» فيحمل ما في هذه المادة تبعاً للدر وغيره، على ما اذا تراخى عن التوجه الى احد هذه

الثلاثة ، فتدبر (ابو السعود)

وعبارة الهندية عن المحيط : واذا كان الشفيع غايباً بوجل بعد العلم قدر مسيره لطلب الاشهاد . فإن حضر هو او وكيله ، والا بطلت شفعته اه وفي المخ : اذا كان الشفيع في طريق مكة فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عن الدار او عند صاحب اليد ، بوكل وكيلاً ان وجد . فإن لم يجد يرسل رسولاً او كتاباً ، فإن لم يجد فهو على شفعته . فإذا حضر ، طلب . وان وجد ولم يفعل ، بطلب شفعته اه ومثله في الهندية عن الظهيرية

اقول : ينظر فيما لو اخبر بالبيع في طريق مكة ذاهباً اليها ، ولم يجد وكيلاً او من يأخذ الكتاب وامكنه الرجوع ، هل يعذر بالتاخير الى قضاء مناسك الحج ، كمن اخبر بالبيع وهو شارع في الصلاة ، او يفصّل بين ان يكون اخبر بالبيع وهو محرم بالحج والعمرة ، فيعذر ، او قبله ، فلا — كمن اخبر قبل تكبيرة الاحرام في الصلاة ، او بين ما يقصده من الحج فرضاً او نفلاً ؟ — لم ار من ذكره ، فليحرر . وذكر في الهندية : اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد ، فان اشهد حين اصبح ، صح ، اه

المادة ١٠٣٤ = ✻ لو اخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والاشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه في دار اخرى يسقط حق شفعته ✻

هذا قول محمد ، وبه يفتى كما في رد المحتار عن شيخ الاسلام وقاضي خان في فتاواه وشرحه على الجامع . ومشى عليه في الوقاية والنقاية والذخيرة والمغني . وفي الشرنبلالية عن البرهان انه اصح ما يفتى به . ومقابله ما في التنوير والكنز والهداية وغيرها ، وهو ظاهر الرواية ، من انه لا تسقط الشفعة بتأخير طلب الخصومة مطلقاً .

ووجه قول محمد ، انه لو لم تسقط الشفعة بالتاخير لزم ضرر المشتري ، لانه

يمتنع عن التصرف في ملكه خشية ان ياخذه الشفيع وينقض تصرفاته فيه ، كما سيأتي . والجواب عن ذلك بان هذا الضرر يمكن دفعه بان يرفعه الى القاضي ليأمره بالاخذ او الترك ، مدفوع بانه ليس كل احد يقدر على المرافعة ، وقد لا يخطر في باله ان دفع الضرر في ذلك . لا يقال ان ظاهر الرواية لا يعدل عنه ، لا سيما اذا كان مصححاً بأن عليه الفتوى ، كما في التنوير وغيره ، لما في شرح المجمع عن الجامع الخاني : الفتوى اليوم على قول محمد لتغير احوال الناس في قصد الاضرار اه

وحيث كان افتاؤهم بخلاف ظاهر الرواية لتغير الزمان ، فلا يرجح ظاهر الرواية عليه وان كان مصححاً ايضاً (ملاده في رد المحتار)

وافادت هذه المادة ان خلاف محمد ، فيما اذا كان التاخير بغير عذر . فلو كان بعذر كمرض او سفر او حبس ولم يجد من يوكل بالخصومة او لعدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده ، لا تسقط شفعته اتفاقاً . وان طالت المدة لعدم التمكن من الخصومة كما في رد المحتار . وظاهر هذا انه لو كان مسافراً ووجد من يوكله بالخصومة فلم يفعل حتى مضى الشهر ، لا يكون معذوراً . وذكر في الدر وحواشيه اواخر باب طلب الشفعة انه لو طلب من القاضي قبل مضي الشهر ، احضار الخصم فامتنع القاضي عن الاحضار والخصم عن الحضور حتى مضى الشهر ، لا تسقط شفعته على قول محمد ايضاً — بخلاف سبت اليهودي ، فان القاضي يحضره وان كان يوم السبت اذا كان يوم السبت آخر الشهر . هذا ان كانت الشفعة واجبة عليه . وان كانت واجبة له ، فعليه ان يطلبها من القاضي وان كان يوم السبت ، والا تسقط . ومثل السبت الاحد للنصراني ، كما في الحموي اه

المادة ١٠٣٥ ﴿ يطالب حق شفعة المحجورين وليهم وان لم يطلب الولي حق شفعة الصغير فلا تبقى له صلاحية طلب الشفعة بعد البلوغ ﴾

اعلم ان الصغير كالكبير في استحقاق الشفعة ، وكذا الحمل في استحقاق الشفعة والكبير سواء . فان وضعت لاقل من ستة اشهر منذ وقع الشراء ، فله الشفعة . وان جاءت به لستة اشهر فصاعداً منذ وقع الشراء ، فانه لا شفعة له ، لانه لم يثبت وجوده وقت البيع لا حقيقة ولا حكماً ، الا ان يكون ابوه مات قبل البيع وورث الحمل منه ، حينئذٍ يستحق الشفعة وان جاءت بالولد لستة اشهر فصاعداً ، لان وجوده وقت البيع ثابت حكماً لما ورث من ابيه .

ثم اذا اوجبنا الشفعة للصغير ، فالذي يقوم بالطلب والاخذ ، من قام مقامه شرعاً في استيفاء حقوقه ، وهو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده ابو ابيه ثم وصي جده ثم الوصي الذي نصبه القاضي . فان لم يكن احد من هؤلاء ، فهو على شفعته اذا ادرك . فاذا ادرك وقد ثبت له خيار البلوغ والشفعة فاختار رد النكاح وطلب الشفعة ، فايهما كان اولا يجوز ويبطل الثاني .

والحيلة في ذلك ان يقول طلبتهما ، اي الشفعة والخيار . واذا كان له احد من هؤلاء فترك الشفعة مع الامكان ، بطلت الشفعة . حتى لو بلغ الصغير لا يكون له حق الاخذ ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . واذا سلم الاب والوصي ومن هو بمعناهما شفعة الصغير ، صح تسليمه عندهما . حتى لو بلغ الصبي لا يكون له ان ياخذها بالشفعة ، سواء كان التسليم في مجلس القاضي او في غير مجلسه . ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب الشفعة ، فمن اصحابنا من يقول يصح التسليم هنا عند محمد ايضاً ، والاصح انه لا يصح التسليم عندهم جميعاً ، لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب ، وتسليمه انما يصح اذا كان مالكاً للاخذ فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ (كذا في الهندية) وقدمنا هذا في شرح المادة (١٠٢٤)

ولو اشترى داراً لابنه الصغير والاب شفيعها ، فله الشفعة ، فيقول اشتريت واخذت بالشفعة ، فتصير الدار له ، ولا يحتاج الى القضاء . وهذا اذا لم يكن فيه للصبي ضرر ظاهر ، كما في شرائه مال ابنه لنفسه . ولو كان مكان الاب وصي ، ففيه تفصيل ، وهو انه ان لم يكن في اخذ الوصي هذه الدار بالشفعة ، منفعة في حق

الصغير بأن وقع شراء الدار للصغير ، بمثل القيمة لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق ، كما لا يكون للوصي ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه بمثل القيمة بالاتفاق . وان كان في اخذه منفعة للصغير بأن وقع شراء الدار للصغير بغبن يسير بأن كانت قيمة الدار مثلاً عشرة وقد اشتراها الوصي للصغير باحد عشر ، كان له الاخذ لان الغبن اليسير ، يجوز شراء الوصي به وباخذ الوصي بالشفعة يرتفع ذلك الغبن ، فكان في اخذ الوصي منفعة للصغير فكان له الاخذ بالشفعة — لكن لا يكون كالاب من حيث انه لا يحتاج الى القضاء ، بل يلزمه بعد ان يقول اشتريت وطلبت ، احد الامرين : اما ان يرفع الامر للقاضي لينصب قيما عن الصغير فيأخذ الوصي منه بالشفعة ويسلم الثمن اليه ثم هو يسلم الثمن الى الوصي ، واما انه يؤخر الخصومة الى بلوغ الصغير هذا ما حرره في رد المحتار . وانظر قوله يؤخر الخصومة الى بلوغ الصغير مع قول محمد المأخوذ به من انهما تسقط بتأخير طلب الخصومة شهراً . ولعل صغر المدعى عليه يكون عذراً في التأخير ، تأمل .

وفي الهندية : اشترى الاب داراً وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الاب الشفعة للصغير حتى بلغ الصغير فليس للذي بلغ ان يأخذ بالشفعة . فسكوت الاب يكون مبطلا للشفعة . ولو باع الاب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الاب الشفعة للصغير ، لا تبطل شفعة الصغير ، حتى لو بلغ الصغير كان له ان يأخذها ، لان الاب هنا لا يتمكن من الاخذ بالشفعة ، لكونه بائعاً ، وسكوت من لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا . واما الوصي اذا اشترى داراً لنفسه او باع داراً له والصبي شفيعها فلم يطلب الوصي الشفعة لليتيم ، فاليتيم على شفعته اذا بلغ . (كذا في الذخيرة ومحيط السرخسي)

ويجب ان يكون الجواب في شراء الاب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيعها على التفصيل : وهو ان لم يكن للصبي في هذا الاخذ ضرر بان وقع شراء الاب الدار بمثل القيمة او باكثر من القيمة مقدار ما يتغابن الناس في مثله ، لا تكون للصغير الشفعة اذا بلغ . وان كان للصغير في هذا الاخذ ضرر بان وقع شراء الاب باكثر من القيمة مقدار ما لا يتغابن الناس بمثله ، كان للشفيع اذا بلغ الشفعة ، لان الاب لا يملك التصرف في مال الصغير مع نفسه على وجه الضرر . فلم

يكن الاب متمكناً في الاخذ في هذه الصورة فلا يكون سكوته مبطلاً للشفعة (كذا في المحيط) .

اذا قال الاب او الوصي اشتريت هذه الدار بالف درهم للصغير ، فقال له الشفيع اتق الله فانك اشتريتها بخمسماية ، فصدقه ، لا يصدق ويأخذ الدار بالف درهم حتي يقيم البينة على المشتري بخمسماية (كذا في التتارخانية) .

الاب اذا اشترى لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في الثمن ، فالقول قول الاب لانه ينكر حق التملك للشفيع بما يدعيه ولا يمين عليه ، لان النكول لا يفيد (كذا في محيط السرخسي) اه ما في الهندية . .

(الفصل الرابع)

﴿ في بيان حكم الشفعة ﴾

المادة ١٠٣٦ ﴿ يكون الشفيع مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم القاضي ﴾

لا بمجرد طلبي المواثبة والاشهاد ، لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا باحدهما. قال الكرخي . اذا اشتري داراً وقبضها ولها شفيع ، فهي في ملك المشتري يجوز تصرفه فيها كما يجوز في سائر املاكه . ولا يمنعه وجوب الشفعة من التصرف فيها ، الا ان يحكم للشفيع بها وله ان يهدم ويؤجر وتطيب له الأجرة . ولو مات الشفيع بعد الطلبين قبل حكم الحاكم او قبل التسليم اليه بالتراضي لا تورث عنه . ولو باع داره المستحق بها تلك الشفعة قبل ذلك ايضاً ، تبطل شفعته . ولو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل ذلك لا يستحق شفعتها لعدم الملك . ولو كان كرماً فاثمر في يد المشتري سنين فاكله ثم حضر الشفيع لا يسقط شيء من الثمن لعدم الاخذ ، وهو مخير ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك ، وكذا لو

باعه المشتري من آخر فبيعه جائز والشفيع بالخيار ان شاء اخذه بالعقد الاول بالثمن الاول وان شاء اخذه بالعقد الثاني بالثمن الثاني (كذا في الجوهرة) ومتى قضى بالشفعة للشفيع فليس له تركها كما في التنوير . قال في الدر : لتحويل الصفقة اليه بخلاف ما قبل القضاء اه وكذا ليس له تركها بعد تسليم المشتري له بالتراضي ، لانها كما تملك بقضاء القاضي تملك بالتراضي كما علمت . فالقضاء في عبارة التنوير غير قيد ، كما في رد المحتار .

ثم ان لفظ التراضي يفيد انه بمجرد تسليم المشتري لا يدخل العقار في ملك الشفيع ما لم يرض بذلك الشفيع ، لان التراضي مفاعلة من الجانبين ولذا قال في الجوهرة : وللشفيع ان يمتنع من اخذ المبيع بالشفعة وان بذله المشتري حتى يقضي له القاضي ، لان في قضاء القاضي زيادة منفعة له وهي معرفة القاضي بسبب ملكه . وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين ، فهذا احوط له من الاخذ بغير قضاء اه ومثله في الزيلعي

ثم ان العهدة يعني ضمان الثمن عند الاستحقاق ، على البائع قبل تسليم المبيع الى المشتري وعلى المشتري لو بعده ، لزوال الملك واليد عنه كما في التنوير وشرحه الدر . وقدمناه .

المادة ١٠٣٧ ❊ تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الشراء ابتداء بناء عليه الاحكام التي تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب ، تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة ايضاً ❊

يعني ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض ، وبمنزلة الشراء من البائع ان كان قبله ، لتحول الصفقة اليه . فثبت له الخيار ان فيه كما اذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه اي من العيب ، لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع ، فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه (رد المحتار عن الزيلعي)

وقيد بخياري الرؤية والعيب لان خيار الشرط وكذا الاجل في الثمن لا يثبتان للشفيع لعدم اشتراطهما عليه . والحاصل ، كما في الهندية ، ان كلما ثبت للمشتري من غير شرط يثبت للشفيع . وما لا يثبت للمشتري الا بالشرط لا يثبت للشفيع .

وفي الدر عن الاشباه : الشفعة بيع في كل الاحكام الا في ضمان الغرور للجبر اه قال في رد المحتار : فلو استحق المبيع بعد ما بنى الشفيع لا يرجع بنقصان قيمة البناء على البائع او المشتري لانه لم يصر مغرورا لتملكه جبراً اه

وهذا التعليل انما يستقيم في الاخذ بالقضاء . واما في الاخذ بالتراضي ، فلانه استوفى عين حقه لانه يأخذه بحق متقدم على بيع ، لكونه متقدماً على الدخيل . فالجبر وان لم يوجد حقيقة فهو موجود حكما واعتباراً . وايفاء عين الحق بقضاء او غيره سواء من حيث الحكم (افاده الحموي)

المادة ١٠٣٨ = ❊ لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة الى ورثته ❊

لان الشفيع قبل الاخذ باحد الامرين ليس له بعد الطلبين الا مجرد حق التملك ، وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث عنه ، كما في الدرر وغيره .

المادة ١٠٣٩ — ❊ لو بيع المشفوع به بعد طلبي الشفيع على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفعته ❊

يعني تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة ، لان سبب

استحقاقه قد زال قبل تملكه . ولا فرق بين ان يكون عالماً وقت بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن عالماً ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لنفسه ، لا تبطل شفعته لبقاء السبب ، لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه (زيلعي)

وهذا اذا بيع كل المشفوع به ، كما هو الظاهر من هذه المادة . اما لو بيع بعضه ، ففي رد المحتار عن الخانية : الشفيع بالجوار اذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة الا شقصاً منها ، لا تبطل شفعته ، لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداءً ، فيكفي لبقائها اه وتقدم هذا في شرح المادة (١٠٢٤)

وقدمنا ايضاً ان جعل المشفوع به مسجداً او مقبرة او وقفاً مسجلاً او غير مسجل ، كالبيع .

المادة ١٠٤٠ — ❋ لو بيع عقار متصل بالعقار المشفوع قبل ان يتملكه الشفيع على الوجه المشروح لا يكون الشفيع شفيعاً لهذا العقار الثاني ايضاً ❋

بل الشفعة فيه للمشتري لانعدام سبب الشفعة في حق المبيع ثانياً . واتصاله بالمشفوع لا يفيد ، لعدم ملكه فيه وقت بيت العقار الثاني ، لان الملك فيه ، كان ثابتاً للمشتري ، فكانت الشفعة له — الا اذا كان متصلاً بملك آخر له ، فإن له ان يشارك المشتري بالشفعة لوجود السبب . والحاصل كما في الزيلعي ان كل من اشترى داراً ويبعت دار بجنبها كان له هو ان يأخذها بالشفعة . ثم اذا جاء شفيع الاولى ، كان لهذا الذي جاء ان يأخذ الاولى بالشفعة . وليس له ان يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه اه ملخصاً .

والمراد من قوله « على الوجه المشروح » ان يتملكه بالرضى او القضاء

المادة ١٠٤١ = ❋ الشفعة لا تقبل التجزي بناءً على ذلك ليس

جبراً على المشتري ، لانه لو اخذ البعض دون البعض يتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه بلا ضرورة . وهذه المسئلة ذكرها في التنوير وغيره قبيل باب طلب الشفعة . وموضوعها : اذا كان المشتري واحداً والبائع واحداً والمبيع واحداً والصفقة واحدة بان اشترى رجل من آخر داراً صفقة واحد فاراد الشفيع ان ياخذ بعضها دون البعض ، ليس له ذلك ، بلا خلاف بين اصحابنا، كما في الهندية . اما لو تعدد المشتري او البائع ، فقد ذكر في التنوير وشرحه الدر وحواشيه ، بعيد ذكر الحيل ، ما حاصله : انه اذا اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد ، وكذا لو متعدداً على ما يفيده التعليل الآتي ، يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم . فللشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي . وبعكسه ، وهو ما اذا تعدد البائع واتحد المشتري ، لا يتعدد الاخذ بها بل ياخذ الكل او يترك ، لان فيه تفريق الصفقة على المشتري ، بخلاف الاول ، لقيام الشفيع مقام احدهم ، فلم تتفرق الصفقة — ولان الجار متعدد فله ان يرضى باحدهم دون غيره . اما اذا كان المشتري واحداً ورضي بجواره في نصيب واحد من البائعين ، فقد رضي ايضاً في انصباء الباقين لعدم تجزي الجوار . ولا فرق في ذلك بين كونه قبل قبض المشتري الدار او بعده على الصحيح ، الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه من الثمن ما لم ينقد الآخر حصته ، كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع — بمنزلة احد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن لا يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي المشترون ما عليهم من الثمن . وكذا لا فرق بين ان يسمي لكل بعض ثمناً او يسمي للكل جملة ، لان العبرة لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن . نعم لو تعددت الصفقة بان اشتري نصيب كل بصفقة ، فللشفيع ان يأخذ اي نصيب شاء ، لان المشتري راض بهذا العيب حيث اشترى كل بعض بصفقة . ثم ان المعتبر في العدد والاتحاد العاقد لتعلق الحقوق به دون المالك . فلو وكل جماعة واحداً بالشراء ليس للشفيع اخذ نصيب بعضهم . ولو وكل واحد جماعة به

فللشفيع اخذ نصيب احدهم ، سواء اشتروا صفقة واحدة او صفقات متعددة ، كما صرح به الزيلعي .

وما في رد المحتار من ان قول الطحطاوي : هذا اذا وكل كلا في نصيب . واما اذا وكل في شراء الجميع فلا شفعة الا في الجميع اه مقبول للنفس لولم يخالفه ما تقدم عن الزيلعي اه ، غير مقبول للنفس ، لان قولهم « العبرة للعاقد لتعلق الحقوق به » يرد ما قاله الطحطاوي ، بقطع النظر عن مخالفته للمنقول ، لانه لا فرق في تعلق الحقوق بالجماعة بين ان يوكل كلا في نصيب او يوكلهم جميعاً في شراء الكل من حيث ان البائع له مطالبة كل واحد بما خصه من الثمن . الا ترى انه لو اشترى جماعة لا تقسم عقاراً ، للشفيع ان ياخذ نصيب اي شاء منهم بلا فرق بين ان يشتري كل نصيباً او يشتروه جملة ، كما يقتضيه اطلاقهم ، فتدبر .

وهذا كله اذا كان المبيع واحداً كما ذكرنا . فلو متعدداً بان اشتري دارين او قريتين صفقة واحدة ، اخذهما شفيعهما او تركهما ، لا احداهما ، ولو كانت احداهما في مصر والاخرى في مصر آخر ، خلافاً لزفر ، اذا كانتا في مصرين . قيل : والفتوى على قوله . والتقييد بصفقة واحدة اذ لو بيعتا بصفقتين له اخذ ايها شاء اتفاقاً ، وبكونه شفيعاً لهما اذ لو كان شفيعاً لاحدهما ياخذ التي هو في شفعتها اتفاقاً ، لان الصفقة وان اتحدت فقد اشتملت على ما فيه الشفعة وعلى ما ليست فيه ، فحكم بها فيما تثبت فيه ضرورة اداء حق العبد . هذا ما ذكره في الدر وحواشيه .

وفي اول الباب الرابع من الهندية عن فتاوى قاضي خان : رجل اشترى خمس منازل من رجل واحد في سكة غير نافذة بصفقة واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ منزلاً واحداً ، قالوا : ان طلب الشفعة بحكم الشركة في الطريق ، لا ياخذ البعض ، لانه تفريق الصفقة من غير ضرورة وان اراد الشفعة بحكم الجوار وجواره في هذا المنزل الذي يريد اخذه لا غير ، كان له ذلك اه .

ثم انه في الصور التي لا يملك الشفيع فيها اخذ البعض وترك الباقي هل اذا طلب اخذ البعض يبقى على شفعته في الباقي او تبطل شفعته ؟ — ربما يشير ظاهر هذه المادة الى الاول ، كظاهر التنوير حيث قال قبيل باب طلب الشفعة : اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقي ، لم يملك ذلك جبراً على المشتري اه — قال في رد المحتار :

قوله اشارة الى ان شفعته لم تبطل اه . والمضطرب كلام صاحب الدر كغيره ، فقال في المحل المذكور : لو طلب احد الشريكين النصف بناء انه يستحقه فقط ، بطلت شفعته ، اذ شرط صحتها ان يطلب الكل كما بسطه الزيلعي اه . وقال بعد ذلك عند ذكره الحيل : واعلم انه لو طلب الحصة فهو على شفعته اه . وعبارة الزيلعي : لو كان احد الشفيعين حاضراً والآخر غائباً فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب انه يستحق في النصف ، بطلت شفعته لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة . فإذا ترك في شيء منها وجد الاعراض في ذلك الشيء فسقطت في الكل، لكون الشفعة لا تتجزأ . وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل منهما النصف ، بطلت شفعتهما . ولو طلب احدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف وللآخر ان يأخذ الكل او يترك . وليس له ان يأخذ النصف لما ذكرنا اه وذكر في رد المحتار ما نصه : وفي المجمع : ولا يجعل ، يعني ابا يوسف ، قوله اخذ نصفها تسليماً ، وخالفه محمد اه . قال شارحه : وفي المحيط : الأصح قول محمد اه . ومثله في غرر الأفكار وشرحه اه . ثم نقل عبارة الزيلعي المارة وقال : اقول : والظاهر ان المراد بالطلب هنا يعني في عبارة الزيلعي طلب المواثبة والأشهاد وما قدمناه آنفاً عن المجمع محمول على ما اذا طلب اخذ النصف بعدهما ، فلا منافاة تأمل اه

اقول : عبارة الزيلعي موافقة لعبارة المجمع . غاية الامر ان الزيلعي اقتصر على قول محمد الذي هو الأصح ، فلا حاجة الى الحمل المذكور . نعم نقل في رد المحتار بعيد ذكر الحيل عن التتارخانية ما نصه : واذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين وطلب الشفيع نصيب احدهما مع انه ليس له ان يأخذه ، هل يكون على شفعته ؟ — ذكر في الاصل نعم . قال بعضهم : هذا محمول على ما اذا كان بعد طلب المواثبة وطلب الاشهاد في الكل . فلو طلب في النصف اولاً ، بطلت . وقال بعضهم على اطلاقه اه . فهذا يفهم منه ان بعضهم حمل قول ابي يوسف بأنه يبقى على شفعته على ما اذا كان طلبه البعض بعد طلب المواثبة والاشهاد في الكل . وحمل قول محمد بأنه تبطل شفعته على ما اذا طلب البعض اولاً ، يعني وقت طلبي المواثبة والاشهاد . وبعضهم ابقى الخلاف على اطلاقه . والظاهر ان منهم صاحب المجمع . ولعل قول البعض الاول هو الصحيح ، بدليل ان الزيلعي حين ذكر ان شرط

صحتهـا ان يطلب الكل يعني وقت طلبي المواثبة والاشهاد ، لم يذكر على عادته الخلاف المذكور في المجمع بين ابي يوسف ومحمد ، ولأن قاضي خان قال في فتاواه : ولو ان الشفيع قال للمشتري سلم لي نصف الدار بالشفعة فابى المشتري ، لا تبطل شفعته هو الصحيح اه فإن قوله « سلم لي » ظاهر في ان طلبه هذا بعد طلبي المواثبة والاشهاد في الكل ، لان طلب التسليم لا يكون الا بعدها . فيكون قوله هو الصحيح تصحيحاً لقول البعض الاول . وهناك احتمال آخر لعبارة التتارخانية ، وهو ان يكون المراد من كلام البعض الاول ان الخلاف بين الامامين منحصر فيما اذا طلب اخذ البعض بعد طلبي المواثبة والاشهاد في الكل . اما اذا طلب البعض اولاً فلا خلاف في سقوط شفعته ويؤيد هذا الاحتمال ان قاضي خان ذكر نظير عبارة الزيلعي المذكور آنفاً جازماً بها عازياً الى الكتاب . ثم بعد ذلك كرر ذكر ما نقلناه عنه قريباً فدل ذلك على انه لا خلاف في سقوط الشفعة لو طلب البعض اولا وانه لو طلب تسليم البعض بعد الطلبين في الكل ففيه الخلاف . والصحيح انها لا تبطل على ما ذكره هو . والاصح انها تبطل على ما ذكره في شرح المجمع عن المحيط . وكذا في شرح غرر الافكار .

والحاصل انه كيفما كان الحال فالذي ينبغي ان يعول عليه في الافتاء ان طلب البعض اولا يبطل الشفعة ، وطلبها بعد الطلبين في الكل لا يبطلها . فان الافتاء على هذا الوجه لا يخرج عن دائرة الاقوال الصحيحة . فاغتنم هذا التقرير وكن لتطويلي فيه خير عذير .

المادة ١٠٤٢ - ❊ ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض وان فعل احدهم ذلك سقط حق شفعته ❊

لاعراضه ، ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم . وهذا قبل القضاء . اما بعده فلا يسقط حقه (رد المحتار) اي لتقرر ملكه في المشفوع ، فلا يخرج عن ملكه الا بسبب جديد .

المادة ١٠٤٣ - ❋ ان اسقط احد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخران يأخذ تمام العقار المشفوع ٠وان اسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخر ان يأخذ حقه ❋

لان الاسقاط بعد القضاء ان كان مجرد ترك فهو غير صحيح ، لما تقرر من ان الشفيع يثبت له الملك بمجرد الحكم وانه ليس له تركها بعد القضاء ، فعدم اخذ الباقين نصيب التارك لعدم صحة التارك ٠ وان كان المراد من الاسقاط ان يبيع الشفيع نصيبه من البائع او المشتري ، فهو اي الاسقاط بهذا الوجه ، وان كان صحيحاً،لكن ليس للباقين اخذ ذلك النصيب بنـاء على طلبي المواثبة والاشهاد السابقين ، بل لا بد لهم من تجديدهما لان هذا تمليك جديد غير الاول — بخلاف ما اذا كان الاسقاط قبل القضاء فان الاسقـاط صحيح لان ملك الشفيع لم يتقرر ٠ وانما له مجرد حق التملك فيسقط بالترك فمن بقي منهم له اخذ نصيب التارك لزوال مزاحمته لهم في الاستحقاق ،حيث ترك حقه قبل تقرر ملكه٠ وفي رد المحتار عن النهاية : اذا سلم احد الشفيعين لم يكن للآخر الا ان يأخذها كلها او يدعها لان مزاحمة من سلم قد زالت ، فكأنه لم يكن اه

المادة ١٠٤٤ — ❋ لو زاد المشتري على بناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغه فشفيعه مخيران شاء تركه وان شاء تملكه باعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة ٠ وان كان المشتري قد احدث على العقار المشفوع بناء او غرس فيه اشجاراً فالشفيع بالخياران شاء تركه وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه وقيمة الابينة والاشجار وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية والاشجار ❋

هاهنا مسئلتان : احداهما اتفاقية ، وهي ما لو دهن المشتري العقار المبيع بالوان كثيرة او طلاها بجص كثير ، فان الشفيع يخير بين ان يتركها وياخذها بالثمن وما زاد الصبغ فيها . ولا يكلف المشتري القلع ، لتعذره على وجه يكون له قيمة . وهذه المسئلة مذكوره في الدر عن الحاوي الزاهدي ، وكذا في الهندية عن القنية .

ومثلها من حيث ان المشتري لا يؤمر بالقلع ما اذا زرعها المشتري . ففي الزيلعي ما نصه : وفي الزرع القياس ان يقلع ، الا انا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة ، كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض . وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك بأجر اه — لكن في حاشيته للشلبي قال الاتقاني: ولو ان المشتري زرع الارض ثم حضر الشفيع ، فإن المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع . ولكنه ينتظر الى وقت الادراك ثم يقضى للشفيع اه . ومثله في الهندية معزياً للبدائع والمحيط مصرحاً بانه اذا تركت الارض في يد المشتري تترك بغير اجر اه . ونقل مثله ايضاً في رد المحتار عن الاتقاني عن شرح الطحطاوي ثم قال : ومقتضاه عدم الأجر ، اذ لم تخرج الارض عن ملك المشتري لعدم القضاء ، تأمل

وقال السايحاني : الذي في المقدسي : ثم الارض تترك بغير اجر وعن ابي يوسف بأجر اه . ومثله في التتارخانية اه . ما في رد المحتار .

اقول: تبين بهذا ان المسئلة فيها خلاف ابي يوسف في رواية عنه . ولفظ « تترك » في عبارتي المحيط والمقدسي يشعر بانها تترك بغير اجر ، ولو قضى للشفيع بالشفعة ، لان الترك انما يتحقق بعد تقرر الملك للمشتري . وذا لا يكون الا بعد القضاء له . تأمل .

وتبين انه ايضاً ان ما في الزيلعي انما يتمشى على ماروي عن ابي يوسف . والتعبير بقوله «وعن ابي يوسف بأجر» مع اقتصار البدائع والمحيط وغيرهما على مقابله يشعر بضعف ما روي عن ابي يوسف ، فتدبر . ولا يخفى انه على اعتبار تلك الرواية فالاجر انما يلزم من وقت القضاء بالشفعة الى وقت ادراك الزرع . وهذا كله اذا لم تنقص الارض بالزرع . ففي الهندية عن التتارخانية ما نصه : وفي جامع الفتاوي: ولو اشترى ارضاً فزرعها فنقصتها الزراعة ثم جاء الشفيع ، يقسم الثمن على الارض

ناقصة وعلى قيمتها يوم اشتراها فيأخذ بالشفعة بذلك الثمن اه

والمسئلة الثانية خلافية ، وهي ما اذا بنى المشتري بناء وغرس اشجاراً في الارض المشفوعة . قال الزيلعي : اذا بنى المشتري او غرس في الارض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة ، فالشفيع بالخيار : ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعين ، وان شاء كلف المشتري قلعهما فيأخذ الارض فارغة وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يكلف القلع ، ولكنه بالخيار : ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وان شاء ترك . وبه قال مالك والشافعي لانه ليس بمتعد في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان ، فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً وكما اذا زرع المشتري ، فإن كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه ، فكذا المشتري في المشفوعة . وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس اهون من ضرر المشتري بالقلع ، لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض ، وهو البناء والغرس ، فلا يعد ضرراً . ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الاول اهون ، فكان اولى بالتحمل . ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض اه وتمامه فيه . وظاهر الرواية ، هو الذي مشت عليه المتون قاطبة وكأن جمعية المجلة اختارت رواية ابي يوسف التي قال بها مالك والشافعي رفقاً بالناس . وحيث صدر الامر السلطاني بالعمل به فليس للقاضي ان يحكم بخلافه .

﴿ مسائل شتى ﴾

لو كان بعض الشفعاء غائباً ، يقضي بالشفعة بين الحاضرين في الجميع ، لاحتمال عدم طلبه فلا يؤخر بالشك . وان قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر ، يقضى له بالنصف . ولو حضر ثالث ، فبثلث ما في يد كل واحد ، تحقيقاً للتسوية . هذا لو كان الذي حضر مثل الاول كشريكين او جارين . فلو فوقه ، كأن يكون الاول جاراً والثاني شريكاً ، فيقضى له بالكل و يبطل شفعة الاول ولو دونه ، كعكس ما قلنا ، يبقى الحكم الاول ماضياً ويمنع الثاني

(كذا في الدر وحواشيه)

اسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء ، لم يصح لفقد شرطه ، وهو البيع (تنوير مع الدر)

حط البائع بعض الثمن عن المشتري ، يظهر في حق الشفيع فيأخذ بالباقي او يرجع على المشتري بالزيادة ان كان اوفاه الثمن . والتقييد بالبائع لانه لو حط وكيل البائع لا يظهر في حق الشفيع ، لانه ، وان صح حطه وبرأ المشتري — الا انه لا يلتحق الحط باصل العقد ، لان الوكيل يضمن ما حطه ، فكأنه هبة مبتدأة . ومثل الحط هبة البعض ، الا اذا كانت الهبة بعد قبض الثمن ، لانه صار عيناً بالتسليم فلا يسترد الشفيع شيئاً . اما قبله ، فيسترد لأنه هبة الدين في الذمة . وحط الكل والزيادة لا يظهران في حق الشفيع ، فيأخذ بكل المسمى . اما حط الكل ، فلأنه لا يلتحق باصل العقد ، والا بقي العقد بلا ثمن ، وهو فاسد ولا شفعة في الفاسد — لكنه اي حط الكل يظهر في حق المشتري . واما الزيادة ، فلأنها ، وان التحقت ، ففيها ابطال حق الشفيع لاستحقاقه الاخذ بالمسمى قبلها : والمراد الزيادة في الثمن . اما في المبيع فتظهر كما سيأتي .

وفي التتارخانية عن المحيط ما ملخصه : الحط والهبة والابراء اذا كانت قبل القبض فلو كانت في بعض الثمن ، تظهر في حق الشفيع . ولو في كله ، فلا . واذا كانت بعد القبض ، فالحط والهبة على هذا التفصيل . واما الابراء عن الكل او البعض ، فلا يصح وعليه جرى القهستاني فتأمل

بقي ان يقال : اذا كان حط الكل او هبته لا يظهر في حق الشفيع ، فهل يأخذ بالمسمى او بالقيمة . اما في صورة الحط ، فقد صرح الزيلعي انه يأخذها بجميع المسمى عند العقد . واما في صورة الهبة ، فقد قال الحموي : لم ار نقلاً صريحاً .

وفي الظهيرية : شرى داراً بالف ثم تصدق بها على المشتري ، يأخذها الشفيع بالقيمة . الا ان يكون بعد قبض الالف اه نعلي قياسه يقال : ان وهب الثمن قبل القبض ، يأخذ الشفيع بالقيمة . والا فبالثمن اه (ملخصاً عن الدر وحواشيه) . وانما لا يظهر حط الكل في حق الشفيع اذا وقع الحط بكلمة واحدة . اما اذا كان بكلمات ، يأخذ بالاخيرة (جوهرة) ووجهه ، كما في رد المحتار ، انه كلما حط شيئاً يلتحق بالعقد ويصير

الثمن ما بقي . فإذا حط ما بقي يكون حطًا لكل الثمن ، وهو ما بقي ، فيأخذه به .
وفي الزيلعي : لا فرق بين ما اذا كان الحط قبل الاخذ بالشفعة او بعده فلو علم انه اشتراه بالف فسلم ثم حط البائع مائة ، فله الشفعة ، كما لو باعه بالف فسلم ثم زاد له البائع جارية او متاعا (در عن القنية)

قال في رد المحتار : وهل ياخذ الزيادة بالشفعة ايضًا ؟ — توقف فيه بعضهم . ثم رأيت في النهاية : قال : يأخذ الدار بحصتها من الثمن اه ولا يخالفه ما في شرح المجمع الملكي : باع عقاراً مع العبيد والدواب ، تثبت في الكل تبعاً للعقار اه — لان المراد به الارض والحوانيت وآلة الحراثة ، فتتحقق التبعية لوجود ما هو المقصود من الارض . ولذا صح فيها الوقف تبعاً ، كما مر في موضعه ، بخلاف الجارية او المتاع مع الدار . هذا ما ظهر لي ، فتأمل اه (ما في رد المحتار)

اقول : تلزم هنا مراجعة ما كتبناه في شرح المادة (١٠٢٠) على انه قد يقال ما في شرح المجمع موضوعه ان البيع وقع على الارض مع العبيد والدواب ، بخلاف ما في النهاية ، فإن زيادة الجارية او المتاع حصلت بعد البيع ، فلا معارضة بين المسئلتين . فلا جرم كان الاحرى ابقاء ما في النهاية على اطلاقه ، فتدبر .

الشراء لا يخلو اما ان يكون بماله مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة ، او بما لا مثل له كالمذروعات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك . فإن كان بماله مثل ، فالشفيع ياخذ بمثله . وان كان بما لا مثل له ، يأخذ بقيمته عند عامة العلماء . يعني وقت الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة ، كما في الذخيرة . ولو تبايعا داراً بدار ، فلشفيع كل واحدة من الدارين ان يأخذ بقيمتها ، لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها . وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض ، بطل البيع فيما بين البائع والمشتري ، وللشفيع الشفعة . وكذا لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك .

ثم ان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما اعطي بدلاً عن الواجب . حتى لو اشترى الدار بالدراهم والدنانير ثم دفع مكانه عرضاً ، فالشفيع يأخذ

بالدراهم لا بالعرض · كذا في الهندية مع قليل زيادة من رد المحتار عن الذخيرة · وتمام هذه المسائل في الباب الثالث عشر في حكم الشفعة من الهندية ·

الشفيع يأخذ المبيع من المشتري بثمن حال اذا كان الثمن موجلا او يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها عند ذلك ، وليس له ان يأخذها في الحال بثمن موجل · ثم ان اخذها من البائع بثمن حال ، سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع ، ورجع البائع على الشفيع بثمن حال · وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن موجل ، لان الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيع المشتري اياه بثمن حال · وان اختار الانتظار ، كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزايد ، وقوله «او يصبر» اي عن الاخذ · اما الطلب ، فلا بد منه في الحال · حتى لو سكت ولم يطلب ، بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد ، خلافاً لابي يوسف في قوله الاخر · لهما ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان يأخذ بثمن حال · ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال · والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (افاده الزيلعي)

والمراد بالطلب طلب المواثبة لان حق الشفعة يثبت للشفيع قبله بعد البيع · نعم استقرار الشفعة يثبت بعد الطلبين · هذا اذا كان الاجل معلوماً · واما اذا كان مجهولاً نحو الحصاد والدياس واشباه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها ، لم يكن له ذلك لان البيع وقع فاسداً ، والفاسد لا تثبت به الشفعة · نعم لو باع الى اجل فاسد فعجل المشتري الثمن جاز البيع وتثبت الشفعة (افاده في الهندية ومثله في حاشية الشلبي) ورجع الشفيع بالثمن فقط ان اخذ بالشفعة ثم بنى او غرس ثم استحقت ، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد ، سواء تسلمها من البائع او من المشتري ، لانه ليس بمغرور — بخلاف المشتري فانه اذا استحق ما اشتراه بعد البناء يرجع عليه بما خسر ، لان البائع غره بالعقد · واذا اشترى رجل داراً فخربت بلا فعل احد او بستاناً فجف الشجر كذلك ، فللشفيع الاخذ بكل الثمن ·

والاصل ان الثمن يقابل الاصل لا الوصف ، ما لم يقصد اتلافه فيقابل حينئذ بحصته من الثمن كما يأتي · وهذا اذا لم يبق شيء من نقض او خشب · فلو بقي واخذه

المشتري لانفصاله من الارض ، تسقط حصته من الثمن حيث لم يكن تابعاً للارض فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (زيلعي)

قلت : فلو لم يأخذه المشتري كأن هلك بعد انفصاله ، لم يسقط شيء من الثمن لعدم حبسه ، اذ هو من التوابع والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن وبالأخذ بالشفعة تحولت الصفقة الى الشفيع ، فقد هلك ما دخل تبعاً قبل القبض ولا يسقط بمثله شيء من الثمن — بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته ، لان الفائت بعض الاصل (زيلعي) ويأخذ بحصة العرصة من الثمن ان نقض المشتري البناء لانه قصد الاتلاف ، وفي الاول الآفة سماوية . والتبع اذا صار مقصوداً بالاتلاف يسقط ما يقابله من الثمن ، فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد ، فتقوم الارض وعليها البناء وتقوم بغيره ، فبقدر التفاوت يسقط من الثمن . فلو اختلفا في قيمة البناء فالقول للمشتري والبينة للشفيع عنده وعندهما للمشتري ايضاً . ولو في قيمة الارض يوم وقع الشراء ، نظر الى قيمته اليوم ، لان الظاهر انه كان كذلك . فمن شهد له كان القول له . ونقض الاجنبي كنقض المشتري ، والنقض له اي للمشتري ، وليس للشفيع اخذه لزوال التبعية بانفصاله . وانما اعتبرت قيمة البناء يوم العقد هنا ، وفي صورة الانهدام المتقدمة يوم اخذ النقض ، لانه هناك صار مانعاً بحبسه فيقوم عليه بالحبس في يومه . كذا في الدر متناً وشرحاً مع توضيح من حاشيته رد المحتار .

ومن ابتاع ارضاً وعلى نخلها ثمر ، اخذها الشفيع بثمرها . ومعناه اذا ذكر الثمر في المبيع لانه لا يدخل من غير ذكر . وهذا الذي ذكره استحسان . وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع . الا يرى انه لا يدخل في المبيع بلا ذكر فاشبه المتاع في الدار . وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار ، كالبناء في الدار . وما كان مركباً فيها فيأخذه بالشفعة . وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري . يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعاً لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع . فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع ، لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً ، لانه لم يبق تبعاً للعقار وقت الاخذ ، حيث صار مفصولاً عنه فلا يأخذه . قال في الكتاب : فان جذه المشتري

سقط عن الشفيع حصته من الثمن . قال رضي الله عنه : وهذ جواب الفصل الاول ، يعني ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط ، لانه دخل في البيع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن . اما في الفصل الثاني يعني ما اذا اثمر عند المشتري بعد الشراء فياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن ، لان الثمر لم يكن موجوداً عند العقد فلا يكون مبيعاً الا تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن (هداية)

قال الزيلعي : وكذلك الحكم لو هلك الثمر بآفة سماوية ، لانه في الفصل الاول لما دخل بالتسمية صار اصلاً ، فيسقط حصته من الثمن بفواته وفي الفصل الثاني الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن ، بخلاف الحادثة قبل القبض عند البائع ، لانه حدثت على ملك المشتري ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بورود القبض عليها او بالاستهلاك اه

اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع ، اخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بالقسمة . وان وقع في غير جانبه على الاصح . وليس له اي للشفيع نقضها مطلقاً ، سواء قسم بحكم او رضاء على الاصح ، لانها من تمام القبض لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص . وهذا بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع ، حيث يكون للشفيع نقضه . كنقضه بيعه وهبته لان هذه القسمة لم تجر بين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضاً بحكم العقد ، فجعلت مبادلة . وللشفيع ان ينقض المبادلة كما لو اشترى اثنان داراً وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما بقضاء او غيره ، فله اي للشفيع ان ينقض القسمة ضرورة صيرورة النصف ثلثاً (كذا في الدر متناً وشرحاً مع بعض زيادة من رد المحتار)

وفي الهندية : لو باع نصف دار من رجل ليس بشفيع وقاسمه بامر القاضي فقدم الشفيع ونصيب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري ، فانه لا تبطل شفعته . فان باع البائع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم طلب الشفيع ، فانه ينظر : ان قضى القاضي بالشفعة الاخيرة جعلها بينهما نصفين ، لان المشتري قد صار جاراً لنصيب البائع كالشفيع ، فاستويا فيه . وان بدأ فقضى بالاولى للاول ، قضى بالاخيرة ايضاً ، لانه لم يبق للمشتري الاول ملك اه

اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ان المشتري رد الدار على البائع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ جديد من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط والعيب قبل القبض بقضاء او بغير قضاء وبعد القبض بقضاء ، لايتجدد للشفيع حق الشفعة . وان كان الرد بسبب هو بيع جديد في حق الثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء وبالرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع حق الشفعة . وأما اذا لم يسلم الشفيع الشفعة حتى فسخ البائع والمشتري العقد بينهما ، لا يبطل حق الشفعة سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه او بسبب هو فسخ من وجه بيع جديد من وجه (هندية عن الذخيرة ، وتمامه فيها)

المشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن ، كان القول قول المشتري مع يمينه . وان اقاما البينة يقضى ببينة الشفيع في قول ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري (خانية) وعلى قولهما المتون . وان اختلفا في صفة الثمن بان قال المشتري اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع لا بل اشتريته بثمن مؤجل ، فالقول قول المشتري (هندية)

وفيها : رجل اشترى من رجل داراً وقبضها فجاء الشفيع فطلب الشفعة فقال المشتري اشتريتها بالفين وقال الشفيع لا بل اشتريتها بالف ولم يكن للشفيع بينة وحلف المشتري على ما ذكر واخذ الشفيع بالفي درهم ثم قدم شفيع آخر فاقام بينة على الشفيع الاول ، ان البائع كان باع هذه الدار من فلان بألف ، فانه يأخذ نصف الدار بخمسماية ويرجع الشفيع الاول على المشتري بخمسماية حصة النصف الذي اخذه الشفيع الثاني . ويقال للشفيع الاول ان شئت اعد البينة على المشتري من قبل النصف الذي في يدك والا فلا شيء لك ، لان بينة الشفيع الثاني ثبت بها الشراء بالف في حق ذلك النصف الذي استحقه الشفيع الثاني لا في حق النصف الذي في يد الشفيع الاول فيحتاج الشفيع الاول الى اعادة البينة ليثبت الشراء بالالف في النصف الذي في يده فيستحق الرجوع على المشتري بالخمساية الزائدة (اه ملخصاً)

وفيها وان اختلف الشفيع والمشتري فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة ام بصفقتين نحو ما اذا اشترى داراً فقال المشتري اشتريت العرصة على

حدة بالف وقال الشفيع بل اشتريتها جميعاً بالفين فالقول قول الشفيع وايهما اقام البينة قبلت . وان اقاماها جميعاً ولم يوقتا وقتاً فالبينة بينة المشتري عندهما، وعند محمد البينة بينة الشفيع اه

وفيها : اتفق البائع والمشتري ، ان البيع كان بشرط الخيار للبائع وانكر الشفيع ، فالقول قولهما في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف، ولا شفعة للشفيع لان البيع ثبت باقرارهما . وانما ثبت على الوجه الذي اقرا به اه وقوله « فالقول لهما » يؤذن بان البينة على الشفيع . حتى لو اقام البينة على ان البيع وقع باتاً تقبل بينته ويعمل بها ما لم تعارضها بينة المتبايعين . على ان البيع وقع بخيار للبائع فتكون بينتهما اولى ، لما في الانقروية عن القنية : اختلفا في شرط الخيار واقاما البينة ، فبينة مدعي الخيار اولى اه ويؤيد ما قلنا تعليله بقوله « لان البيع ثبت باقرارهما» فانه يفيد انه لو ثبت ببينة الشفيع لا يكون القول قولهما ، فيوافق ما مر عن القنية ، فتدبر .

وفيها : ولو قال المشتري : وهب لي هذا البيت بطريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها ، وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل ، فللشفيع الشفعة فيما اقر انه اشترى ، ولا شفعة فيما ادعى من الهبة . وايهما اقام البينة قبلت بينته . وان اقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المشتري عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ، لانهما تثبت زيادة الهبة وينبغي ان تكون البينة بينة الشفيع عند محمد رحمه الله تعالى لانها تثبت زيادة الاستحقاق وان اقر الشفيع بهبة البيت للمشتري وادعى المشتري ان الهبة كانت قبل الشراء فلا شفعة للجار ، لانه شريك في الحقوق وقت شراء الباقي والجار يقول لا بل كان الشراء قبل الهبة ولي الشفعة فيما اشتريت ، فالقول قول الشفيع . واذا قامت البينة على الهبة قبل الشراء فان صاحبها اولى بالشفعة من الجار . فان جحد البائع هبة البيت كان القول قوله مع يمينه . وان صدق البائع المشتري فيما قال كان البيت للموهوب له ، ولا يصدقان على ابطال الشفعة في الدار الا ان تقوم البينة على الهبة قبل شراء الدار ، فيصير المشتري شريكاً في الدار فيتقدم على الجار . ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت واحدة بعد واحدة فانا شريكك في الثانية ، وقال الشفيع لا بل اشتريتهما صفقة

واحدة فلي الشفعه فيها جميعاً ، فالقول قول الشفيع ، لان المشتري اقر بشرائها وذلك سبب لثبوت الحق ، ثم يدعي حقاً لنفسه بدعوى تفريق الصفقة فلا يقبل قوله الا ببينة و كذلك اذا قال اشتريت نصفاً ثم نصفاً وقال الشفيع اشتريت الكل صفقة واحدة ، فالقول للشفيع . ولو قال المشتري اشتريت ربعاً ثم ثلاثة ارباع فلك الربع وقال الشفيع بل اشتريت ثلاثة ارباع ثم ربعاً ، فالقول للشفيع لان المشتري اقر بشراء ثلاثة ارباع وهو سبب لثبوت حق الشفيع، ثم ادعى ما يسقطه وهو تقدم الربع في البيع فلا يصدق . ولو قال المشتري اشتريت صفقة واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفا فانا اخذ النصف ، فالقول للمشتري ويأخذ الشفيع الكل او يدع اه وتمام هذه المسائل في الباب العاشر من كتاب الشفعة منها .

تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد ثبوتها وفاقاً ، كقوله للشفيع اشتره مني . واما الحيلة لدفع ثبوتها ابتداء ، فعند ابي يوسف لا تكره ، وعند محمد تكره . ويفتي بقول ابي يوسف في الشفعة وبضده ، وهو الكراهة في الزكاة (در المختار متناً وشرحاً) لكن مجرد قوله للشفيع اشتره مني لا يكون مسقطا ما لم يقل الشفيع نعم او اشترى . فلو سكت او قال لا اشتري ، لا تسقط شفعته (افاده في رد المحتار وسياتي تمامه) الحيل في ابطال الشفعة منها مايكون تزهيداً عن طلب الشفعة ، ومنها ما يكون ابطالاً .

اما ما يكون ابطالاً ، فمنها ان يهب البائع الدار للمشتري ويشهد على الهبة والمشتري يهب الثمن للبائع ويشهد عليها ، فلا تثبت الشفعة ، اذ لم تكن بشرط العوض — الا ان هذه الحيله لا يملكها بعض الناس لانها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع ، كالاب والوصي وغيرهما .

ومنها ان يتصدق بالدار على انسان ثم المشتري يتصدق بمثل الثمن على البائع ، وهي والهبة سواء الا ان في الهبة للاجنبي يملك الرجوع ، وفي الصدقة لا يملك .

ومنها ان يهب الدار بشرط العوض ثم ياخذ الموهوب له الدار الا جزءاً منها ، وياخذا لواهب العوض الا دانقاً — فلا تثبت الشفعة للشفيع . فان في الهبة بشرط العوض قالو انما يثبت الملك للموهوب له اذا قبض الكل . اما اذا لم يقبض

الكل لا يثبت له الملك ولا ينقطع حق الواهب ، ويكون للواهب ان يرجع من غير قضاء ولا رضاء فيكون هذا كالبيع بشرط الخيار للبائع . ثم لا تثبت الشفعة للشفيع ما بقي حق البائع . هذا اذا كان الموهوب شيئاً يحتمل القسمة . فإن كان لا يحتملها كالبيت الصغير والحانوت ، اذا وهب منها جزءاً شائعاً ، جاز عند الكل ولا يكون للجار ان يأخذ بالشفعة (كذا في الخانية)

ومنها ان يبتاع العقار الا ذراعاً مثلاً في جانب حد الشفيع ، فلا شفعة لعدم الانصال . وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري او باعه بعد بيع ما عداه ، لأنه صار شريكاً في الحقوق فلا شفعة للجار (افاده في الدر مع حاشية رد المحتار .)

ومنها ان يبتاع سهماً منه بثمن ثم يبتاع بقيمتها ، فالشفعة للجار في السهم الاول فقط (تنوير) اي لانه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الاول ، واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة ، لكونه في ملكه بعد ، فيتقدم على الجار (رد المحتار) . وهذه الحيلة تبطل الشفعة في المبيع الثاني فقط . وحيلة اسقاط الشفعة في الكل ان يشتري جزءاً شائعاً كتسع او عشر بكل الثمن الا درهماً ثم الباقي بالباقي ، لانه وان ثبت له الشفعة في السهم الاول ، لكنه اذا رآه بيع بمعظم الثمن ، تقل رغبته فيمتنع عن اخذه . وهذه الحيلة لتقليل رغبة الشفيع ، بخلاف ما قبلها . وكذا الحكم لو اشترى جزءاً معيناً كذراع مثلاً من اي جهة كانت بمعظم الثمن ، فإن الشفعة ايضاً للجار في الذراع المبيع اولاً فقط ، لان مشترى الذراع صار شريكاً في الحقوق . فيقدم على الجار . وهذه الحيلة مضرة للمشتري لو كانت الدار لصغير لعدم جواز بيع الباقي بالباقي . لما فيه من الغبن الفاحش ، فيلزم المشتري السهم بالثمن الكثير ولا يجوز شراؤه للباقي . (كذا في الدر وحاشيته ردالمحتار ، ومثله في الزيلعي)

قال في حاشية الشلبي عليه : وقد يجوز ان يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير ، وهو ان يبيع من دار الصغير جزءاً من مائة جزء او يبيع جزءاً من الف جزء بثمن اكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه ، فانه يثبت له الشفعة في الجزء الاول خاصة . وهذه الحيلة للجار والخليط في الحقوق . فاما اذا كان الشفيع شريكاً

في المبيع ، فانه يأخذ نصف البقية بنصف ثمنها اه.

فائدة

اذا خاف احدهما ان لا يوفي صاحبه ، يشترط الخيار لنفسه ثلاثة ايام . فاذا لم يوف له في المدة فسخ فيها . وان خافا شرط كل منهما الخيار لنفسه ، ثم يجيزان معاً . وان خاف كل منهما اذا اجاز ان لا يجيز صاحبه ، يوكل كل منهما وكيلاً ويشترط عليه ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه (افاده في رد المحتار معزياً للزيلعي).

ومن الحيل ان يؤجر المشتري البائع شيئاً ببعض العقار الذي يريد شرائه ، كالثوب مثلاً يؤجره ليلبسه البائع يوماً ، بجزء شائع من العقار الذي يريد شراءه ثم يشتري الباقي ، لأنه لما ملكه منه جزءاً شائعاً صار شريكاً له . وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه بالاجارة ، ولا فيما اشتراه بعد ذلك ، لان الشريك اولى اه (زيلعي) .

وما تقدم من الحيل لا تدفع الا الجار . والحيلة التي تدفع الشريك والجار ان يبتاع العقار باضعاف قيمته ويعطيه بها ثوباً قيمته قدر قيمة العقار ، غير انه يخاف ان يتضرر البائع بذلك ، لانه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثاني ، ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار ، فاذا استحق تبين انه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة . فيجب على البائع الثمن كله .

والحيلة فيه ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن دنانير بقدر قيمة العقار ، فيكون صرفاً بما في ذمته من الدراهم . ثم اذا استحق العقار تبين ان لا دين على المشتري ، فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض ، فيجب رد الدنانير لا غير .

وحيلة اخرى تعم الشريك والجار وهي ان يشتريه باضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة الدينار مثلاً ، فيعطيه الدينار بالباقي فيصير صرفاً فيه . ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله — فضير الدينار على انه بدل عن العقار المستحق ، والدينار لبطلان الصرف (زيلعي) .

ومن الحيل كما في التنوير تبعاً للدرر ، ان يشتري بدراهم معلومة بوزن او اشارة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض في المجلس ، لان جهالة الثمن تمنع من الشفعة اه — لكن حقق في رد المحتار ان هذا انما يتم اذا وافقها الشفيع على عدم المعرفة — اما اذا قال اعلمها وهي مقدار كذا ، فله الشفعة ويعطى الثمن على زعمه ، الاّ اذا اثبت المشتري زيادة عليه . ثم قال: وقال الرملي : ظاهر ما في الظهيرية ان الشفيع لا يحلف على ما زعم ، لان المتبايعين لم يدعيا قدراً معيناً انكره الشفيع ، بل اتفقا على انهما لا يعلمان قدر الثمن ، فلا يقال انه منكر ، فلا يحلف اه

اقول : يمكن ان يقال ان المشتري يدعي بطلان شفعة الشفيع بسبب جهالة الثمن ، والشفيع ينكر ذلك بزعمه المعرفة ، فقد انكر امراً وهو الجهالة، لو اقرّ به للزمه موجبه ، وهو بطلان الشفعة ، فينبغي ان يحلف عليه . (تأمل) .

على ان ما حققه في رد المحتار وكذا ما ذكره الرملي مبني على عبارة نقلها في رد المحتار عن الظهيرية ، ونصها : اشترى عقاراً بدراهم جزافاً واتفق المتبايعان على انهما لا يعلمان مقدار الدراهم وقد هلك في يد البائع بعد التقابض ، فالشفيع كيف يفعل ؟ قال القاضي الامام عمر بن ابي بكر: يأخذ الدار بالشفعة ثم يعطي الثمن على زعمه ، الا اذا اثبت المشتري زيادة عليه اه .

قال في رد المحتار : اقول : وهذا مشكل اذ كيف يحل له الاخذ جبراً على المشتري بمجرد زعمه ، مع ان الشفيع انما له الاخذ بما قام على المشتري من الثمن ، اللهم الاّ ان يكون عالماً بقدره بقرينة قوله : الا اذا اثبت المشتري زيادة عليه ، فانه يدل على ان الثمن علم قبل هلاكه ، فتأمل اه .

وانا اقول : ما في الظهيرية مشكل من وجوه اخرى : الاول انه قال يأخذ الدار بالشفعة ثم يعطي الثمن على زعمه ، فظاهره ان القاضي يحكم له بها مع جهالة الثمن ، لان دفع الثمن يكون بعد حكم القاضي بها . وقد اتفقت المتون ان الشفيع يأخذ بما قام على المشتري من الثمن ، ومعلوم ان القاضي عاجز عن الحكم به عند جهله .

الوجه الثاني ان وضع المسئلة ان البيع وقع جزافاً بصرة مجهولة ضيعت في المجلس ، فالظاهر ان الشفيع لا يعلمها · وقد صرحوا بان القول لمن يشهد له الظاهر ، فكيف يحكم له القاضي بمجرد زعمه وهو يعلم انه كاذب فيه ، لان معرفة مقدارها بعد هلاكها مستحيل ·

الوجه الثالث ان قوله « الا اذا اثبت المشتري زيادة عليه » صريح في ان القول للشفيع حيث اختلف مع المشتري في الثمن ، مع انه مخالف لما في المتون من انه لو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري · فلا جرم ان ما في الظهيرية فيه مخالفة للمتون ، فكيف يتخصص به اطلاق ما في الدرر والغرر والمضمرات ؟ والذي ينبغي ويقتضيه الفقه تطبيقاً على الاحكام المذكورة في المتون والشروح ، ابقاء ما في الغرر والمضمرات على اطلاقه · نعم يكلف الشفيع لاقامة البينة على ما يدعيه من ان مقدار الصرة كذا وان عجز يحلف المشتري بالله ما يعلم ان مقدارها كذلك ، لما علمته من ان القول للمشتري اذا اختلفا في الثمن ، ولانه يدعي على المشتري استحقاق الشفعة وذاك ينكر ، ولانه يدعي خلاف الظاهر والمشتري يتمسك به ، فتدبر ذلك متاملاً والتمس النقل في المسئلة، فان الفكر خوان ·

ولعله لما ذكرنا آنفاً ابقى العلامة الحموي في شرح الاشباه كلام الغرر والمضمرات على اطلاقه وقال : ان ما فيها اولى مما في الظهيرية ، الخ ما قال ، فراجعه في كتاب الشفعة من الفن الثاني ·

قال الزيلعي : ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي ان يعوضه ، كأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا درهماً ، على ان تسلم لي شفعتك · فاذا قبل الشفيع الصلح وسلم ، بطلت شفعته ولا يجب المال · وكذا اذا آجره من الشفيع ·· ومن الحيل التي تمنع الوجوب ، ان يوكله البائع ببيعها او يضمنه الدرك او يجعل البائع الخيار اليه في عقد البيع اه

تنبيه

قال في الخانية عند ذكر الحيل ، آخر كتاب الشفعة : وفي هذه الفصول

اذا اراد الشفيع ان يحلف البائع او المشتري بالله ما فعل هذا فراراً عن الشفعة ، ليس له ذلك . اما البائع ، فلان نكوله لا يكون حجة على المشتري . واما المشترى فلانه يدعي عليه شيئاً لو اقر به لا يلزمه اه وقال قبل هذا في « فصل في ترتيب الشفعاء » ما نصه : رجل اشترى من رجل عشر ارض او دار بثمن كثير ثم ، اشترى تسعة اعشارها بثمن قليل ، كان للجار الشفعة في البيع الاول دون الثاني ، لانه بالبيع الاول صار شريكاً في نفس البقعة فيكون هو اولى من الجار في البيع الثاني . فان اراد الشفيع ان يحلفه بالله ما اردت بذلك ابطالا لشفعتي ، قال الشيخ الامام ابو بكر محمد ابن الفضل رحمه الله تعالى لا يحلفه على هذا الوجه ، لانه لو اقر به لا يلزمه شيء . لكن لو اراد ان يحلف المشتري يحلفه بالله ان البيع الاول ما كان تلجئة ، كان له ذلك لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه فكان له ان يحلفه على هذا الوجه . قال : وما ذكر في الاصل ان الشفيع اذا اراد استحلاف المشتري انه لم يرد به ابطال الشفعة كان له ذلك ، معناه اذا ادعى ان البيع كان تلجئة اه وذكر مثله في الدر عن مؤيد زاده معزواً للوجيز . وقال في رد المحتار : ومثله في التجنيس والمزيد لصاحب الهداية اه

ثم ذكر ما حاصله ان الفرق بين ما اذا اراد الشفيع تحليف المشتري بالله ما فعل ذلك فراراً من الشفعة حيث لم يكن له ذلك ، وبين ما اذا اراد تحليفه بالله ما كان ذلك تلجئة حيث كان له ذلك ، ان بيع التلجئة هو ان يظهرا عقداً لا يريدانه ، وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل . وهذا بخلاف ما اذا قصدا فعل ذلك وارادا حقيقة فراراً من الشفعة ، فان البيع فيه يكون جائزاً فيجاب الشفيع الى التحليف لو ادعى الاول يعني التلجئة ، لا لو ادعى الثاني اه

اقول ان كان مراد الشفيع من دعوى التلجئة مجرد كون العاقدين اظهرا عقداً لا يريدانه فراراً من الشفعة ، فلا يذهب عليك ان هذه الدعوى انما تنفع الشفيع في حيلة يكون فيها شراء العقار صفقتين ، بحيث لو بطلت الصفقة الاولى لكونها وقعت تلجئة ، تثبت الشفعة في الصفقة الثانية لكونه جاراً . وقد ظهر ان المشتري لم يكن شريكاً في شرائه الاول حتى يكون اولى من الجار .

والفرق حينئذ بين دعوى التلجئة وبين دعوى انهما فعلا ذلك فراراً من الشفعة ، هو ماتقدم عن رد المحتار من انه في دعوى التلجئة يدعي انهما ما ارادا البيع الاول ولا قصداه وانما اظهراه فراراً من الشفعة ، فهو بيع باطل فله تحليف المشتري على ذلك ، لكي اذا نكل عن اليمين تثبت له الشفعة في البيع الثاني . وفي الدعوى الثانية يدعي انهما ارادا البيع الاول وقصداه لكن فراراً من الشفعة فلا يكون له التحليف ، لانه لو اقر بذلك يبقى البيع صحيحاً فكيف يحلف عليه . ويؤيد ما قلنا ان قاضي خان قد ذكر دعوى التلجئة من الشفيع في صورة ما اذا اشترى عشر ارض بثمن كثير الخ ، ولم يذكرها عند ذكر الحيل كما سمعت عبارتيه آنفاً - وكذا صاحب الدر ايضاً لم يذكر دعوى التلجئة الا عند ذكر هذه الحيلة . واما ان كان المراد من دعوى التلجئة ، ان الشراء وقع اولاً بينه وبين البائع على وجه لا تبطل معه الشفعة ثم اظهراه تلجئة على الوجه الذي تبطل معه الشفعة ، فدعوى التلجئة حينئذ تنفع الشفيع في جميع الحيل ، فتسمع منه لانه يدعي على المشتري عقداً صحيحاً تثبت له فيه الشفعة قبل العقد الذي اظهراه تلجئة ، فيكلف لاثباته . وان عجز فله تحليف المشتري بالله ما فعله ، ويكون الفرق حينئذ بين المسئلتين ظاهراً . ويؤيد هذا المعنى انه ذكر في الخانية قبل ما تقدم في فصل في ترتيب الشفعاء ما نصه : ولو ان داريين متلاصقين لرجلين فتصدق صاحب احدى الدارين بالحائط الذي يلي جاره على رجل بما تحته من الارض وقبض المتصدق عليه ثم باع داره من المتصدق عليه — ذكر الناطفي رحمه الله تعالى انه لا يبقى الجار شفيعاً . فإن طلب الجار يمين المشتري بالله ما فعل ذلك صاحب الدار ضرراً او فراراً من الشفعة على وجه التلجئة ، كان له ذلك لانه يدعي عليه امراً لو اقر به يلزمه ، ويحلف فان حلف ، لا شفعة له . وان نكل ، كان له الشفعة لانه اقر انه جار ملاصق اه .

ومثله في رد المحتار عن الولوالجية ، فان التعليل بقوله « لانه اقر انه جار ملاصق » يقضي بأن الشفيع يدعي ان الشراء وقع اولاً صفقة واحدة على الدار مع الحائط لذي يلي الجار ، ثم اظهر التصدق بالحائط وبيع باقي الدار تلجئة ، والا فلا يستقيم هذا التعليل لانه ان ثبت بنكول المشتري عن اليمين ، كون التصدق بالحائط كان تلجئة ، فلا فائدة للشفيع ، لانه اذا بطل التصدق بقي الحائط على

ملك البائع فيبقى فاصلاً بين الدار المبيعة وبين دار الشفيع ، وان ثبت ان بيع الباقي كان تلجئة ، فكذلك ، لان البيع يكون باطلاً ، والبيع الباطل لا شفعة فيه فكيف يحلف المشتري على امر لو اقر به لا يلزمه - على ان الشفيع ليس بخصم بمجرد دعوى البطلان ، فلا تسمع منه فتأمل منصفاً .

اذا تمهد هذا تعلم انه ينبغي للقاضي اذا ادعى الشفيع التلجئة ان يسئله عن مراده فيها . فان اراد المعنى الاول سمعها منه في صورة ما اذا كان شراء العقار صفقتين . وحلف له المشتري على ان البيع الاول ما كان تلجئة على ما تقدم بيانه — وردها في غير تلك الصورة لما قررناه آنفاً .

وان اراد من التلجئة المعنى الثاني سمع منه الدعوى في جميع صور الحيل المسقطة للشفعة وكلفه لاثبات ما يدعيه . فان عجز حلف المشتري على نفي ما يدعيه مما تقدم بيانه . فاغتنم هذا التحرير الذي لم اسبق اليه وعض بنواجذك عليه .

✻ تم الجزء الثالث من شرح المجلة ويليه الجزء الرابع ✻

فهرست

❀ كتاب الكفالة ❀

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الباب الثالث ﴾

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ الكتاب التاسع ﴾

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ الفصل الرابع ﴾

(في بيان حكم الشفعة)

تم فهرس الجزء الثالث

﴿ اصلاح خطأ ﴾

في صحيفة (٤٧١) لفظ لا يكون غلطاً في الطبع ، والاصوب يكون
في صحيفة (٤٨٦) لفظ الموافقة غلطاً في الطبع ، والصواب المرافعة